

T.C.
İSTANBUL BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK
İLKESİNİN İŞVERENİN FESİH HAKKINI
SINIRLANDIRMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan
Beyza ERGUN

İstanbul, 2024

T.C.
İSTANBUL BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK
İLKESİNİN İŞVERENİN FESİH HAKKINI
SINIRLANDIRMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan
Beyza ERGUN

Öğrenci No
2120044026

ORCID ID
0009-0003-9891-642X

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BAĞCI

İstanbul, 2024

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Ölçülülük İlkesinin İşverenin Fesih Hakkını Sınırlandırması**” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel ahlak ve geleneklere uygun şekilde tarafımdan yazıldığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik etik ve kurallar içinde elde ettiğimi, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiğini ve çalışmamın içinde kullandıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını, patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım. 17/09/2024

Beyza ERGUN

T.C.
İSTANBUL BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
LİSANÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ
TEZLİ YÜKSEK LİSANS SINAV TUTANAĞI

17/09/2024

Enstitümüz *Hukuk* Anabilim Dalı *Özel Hukuk* Programı yüksek lisans öğrencilerinden 2120044026 numaralı *Beyza ERGUN'un* "İstanbul Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim – Öğretim Yönetmeliği"nin ilgili maddesine göre hazırlayarak, Enstitümüze teslim ettiği "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Ölçülülük İlkesinin İşverenin Fesih Hakkını Sınırlandırması" konulu tezini, Yönetim Kurulumuzun 28/05/2024 tarih ve 2024/24 sayılı toplantısında seçilen ve Taksim yerleşkesinde toplanan biz jüri üyeleri huzurunda, Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 29. maddesinin 3. fıkrası gereğince 45 dakika süre ile aday tarafından savunulmuş ve sonuçta adayın tezi hakkında "OYBİRLİĞİ" ile "KABUL" kararı verilmiştir.

İşbu tutanak, 2 nüsha olarak hazırlanmış ve Enstitü Müdürlüğü'ne sunulmak üzere tarafımızdan düzenlenmiştir.

DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Me*** BA***
(İstanbul Beykent Üniversitesi)

ÜYE
Dr. Öğr. Üyesi Ha***Al*** KA***
(Yıldız Teknik Üniversitesi)

ÜYE
Dr. Öğr. Üyesi De*** TO***
(İstanbul Beykent Üniversitesi)

Adı ve Soyadı : Beyza ERGUN
Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BAĞCI
Derecesi ve Tarihi : Yüksek Lisans (Tezli), 2024
Alanı : Özel Hukuk
Anahtar Kelimeler : Ölçülülük İlkesi, İş Sözleşmesinin Feshi, Fesihte Ölçülülük

ÖZ

4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN İŞVERENİN FESİH HAKKINI SINIRLANDIRMASI

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını teşkil eden ölçülülük ilkesi, öncelikle bireyi kendinden daha güçlü konumdaki devlete karşı korumak amacıyla hukuk sistemlerinin içine girmiş; zamanla kendisine, bir tarafın diğerinden daha güçlü olduğu bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde de uygulama alanı bulmuştur. İş sözleşmelerinin yapısı gereği bir tarafının daha güçlü konumda olduğu açıktır. Bu yüzden iş sözleşmeleri kapsamında ölçülülük ilkesi, tarafların çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurabilmek için önemli bir işleve sahiptir. İşçi ve işveren arasındaki menfaat çatışmasının en kritik ve kaçınılmaz olduğu alan sözleşmenin, güçlü olan taraf yani işverence feshedildiği andır. Bu sebeple işverenin sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan fesih hakkı, işçinin çalışma hakkı karşısında sınırlanmaktadır. Fakat bu sınırlama yapılırken -her temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasında ölçülülük ilkesi uyarınca yapılması gerektiği gibi- çatışan hakların ikisinin de tamamen kullanılamaz hale getirilmesinden kaçınılması gerekmektedir.

Name and Surname : Beyza ERGUN
Supervisor : Asst. Prof. Dr. Mehmet BAĞCI
Degree and Date : Master's (Thesis), 2024
Major : Private Law
Keywords : Principle of Proportionality, Termination of Employment
Contract, Proportionality in Termination

ABSTRACT

THE LIMITS OF THE EMPLOYER'S RIGHT OF TERMINATION WITH THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY UNDER THE LABOR LAW NO. 4857

The principle of proportionality, which constitutes the limit of the limitation of fundamental rights and freedoms, was first introduced into legal systems in order to protect the individual against the state, which is in a stronger position than the individual, and over time, it has also found application in private law relations between individuals where one party is stronger than the other. Due to the nature of employment contracts, it is clear that one party is in a stronger position. Therefore, the principle of proportionality in the context of employment contracts has an important function in order to establish a fair balance between the conflicting interests of the parties. The most critical and inevitable conflict of interest between the employee and the employer is when the contract is terminated by the stronger party, in other words the employer. For this reason, the employer's right of termination arising from the freedom of contract is limited against the employee's right to work. However, while making this limitation -as it must be done in accordance with the principle of proportionality in the limitation of all fundamental rights and freedoms- it is necessary to avoid rendering both of the conflicting rights completely unusable

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZ

ABSTRACT

KISALTMALAR iii

SÖZLÜK.....v

GİRİŞ.....1

1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1.1. Ölçülülük İlkesinin Tanımı ve Felsefi Gelişimi 4

1.2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi 7

1.2.1. Almanya’da Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi 9

1.2.2. İsviçre’de Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi 11

1.2.3. Fransa’da Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi 12

1.2.4. İngiltere’de Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi 13

1.2.5. Kanada’da Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi..... 15

1.3. Ölçülülük İlkesinin Türk Hukukundaki Gelişimi 16

1.4. Ölçülülük İlkesinin Türk Hukukundaki Uygulama Alanları..... 20

1.4.1. Ölçülülük İlkesinin Kamu Hukukundaki Uygulama Alanları 21

1.4.2. Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuktaki Uygulama Alanları..... 25

2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI VE İŞ HUKUKUNDAKİ (FESİH DIŞI) UYGULAMA ALANLARI

2.1. Ölçülülük İlkesinin Alt Unsurları 30

2.1.1. Elverişlilik Unsuru 30

2.1.2. Gereklilik Unsuru..... 33

2.1.3. Orantılılık Unsuru 36

2.2. İş Hukuku Kapsamında Ölçülülük İlkesinin Uygulama Alanları..... 39

2.2.1. İş Sözleşmesi Görüşmelerinde Ölçülülük İlkesinin Uygulama Alanları 40

2.2.2. İş Sözleşmesinin Devam Ettiği Süre Boyunca Ölçülülük İlkesinin

Uygulama Alanları..... 45

2.2.2.1. İşe Giriş Çıkış Kontrolü Yapılırken Ölçülülük 48

2.2.2.2. Üst ve Eşya Araması Yapılırken Ölçülülük	49
2.2.2.3. İşçinin Sağlığının Korunmasına İlişkin Önlemlerde Ölçülülük	51
2.2.2.4. Elektronik İletişimin Denetlenmesinde Ölçülülük	53
2.2.2.5. İşçinin İzlenmesinde Ölçülülük	57
3. İŞVERENİN FESİH HAKKI ÇERÇEVESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	
3.1. Bildirimli Fesihte Ölçülülük Denetimi	62
3.1.1. Geçerli Sebebe Dayanan Bildirimli Fesihlerde Ölçülülük Denetimi	64
3.1.2.1. İşçinin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde Ölçülülük Denetimi	68
3.1.2.2. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde Ölçülülük Denetimi	75
3.1.2. Geçerli Sebebe Dayanmayan Fesihlerde Ölçülülük Denetimi	81
3.2. Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesihte Ölçülülük Denetimi	82
3.2.1. Sağlık Sebepleriyle Yapılan Bildirimsiz Fesihte Ölçülülük Denetimi	85
3.2.2. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller Sebebiyle Bildirimsiz Fesihte Ölçülülük Denetimi	87
3.2.3. Zorlayıcı Sebebin Varlığı Halinde Yapılan Bildirimsiz Fesihte Ölçülülük Denetimi	102
3.2.4. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması Halinde Devamsızlığın Bildirim Süresini Aşması Halinde Ölçülülük	103
SONUÇ	105
KAYNAKÇA	107

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. no	: Başvuru no (Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru)
bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CMUK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
D.	: Daire
E.	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İşK.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İŞKUR	: Türkiye İş Kurumu
K.	: Karar
md.	: Madde

M.Ö.	: Milattan Önce
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

SÖZLÜK

Elverişlilik: Elverişli olma durumu.

Gereklilik: Gerekli olma durumu, zarurilik, zorunluluk.

Orantılılık: Orantılı olma durumu.

Ölçülülük: Ölçülü, dengeli olma durumu.



GİRİŞ

İnsan, ilk zamanlardan itibaren yalnız başına varlığını sürdürmek yerine diğer insanlarla birlikte yaşamayı tercih etmiştir. Belirli bir toprak parçası üzerinde birlikte yaşayan ve yaşamlarını sürdürmek için iş birliği yapan insanlar, toplumu oluşturur. Toplum içinde yaşayan bireylerin birbirlerinin temel haklarına saldırmasını önlemek, bu hakları korumak ve birlikte yaşama kurallarını belirlemek için, bugün “devlet” adı verilen kurumlar oluşturulmuştur.

Devletler, bireylerin hak ve özgürlüklerini korurken; bireylerin, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmesini önlemek amacıyla, korumakla görevli oldukları hak ve özgürlüklere birtakım sınırlamalar getirmek durumunda kalmıştır. Böylece bireyler tarafından koruma ve sınırlandırma yetkileri, zımni bir toplumsal sözleşmeyle devlete verilen tüm hak ve özgürlükler, bireylerin içinde yaşadıkları toplumun kuralları doğrultusunda sınırlandırılmıştır. Toplumsal sözleşmenin ve bireylerin birlikte yaşamasının gereği olan bu sınırın, sınırları belirleyen devlet eliyle geniş yorumlanmaması amacıyla “ölçülülük ilkesi” ortaya çıkmıştır. Ölçülülük ilkesi, bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlüklere devletçe getirilen sınırlamaların, sınırını teşkil etmektedir.

Ölçülülük ilkesinin, 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde, işverenin fesih hakkını nasıl etkilediğini ortaya koymayı amaçladığımız çalışmamız, üç ana başlıktan oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde ölçülülük ilkesinin tanımına ve hukuki gelişimine yer verilmiştir. İlk defa 1882 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından uygulanmış olan ölçülülük ilkesi, zaman içinde hukukun her alanında kullanılmaya başlanmıştır. Bu kararla birlikte ilk olarak Almanya’da bir denetim mekanizması haline gelen ölçülülük ilkesi, günümüzde her ülkenin yargısal denetiminde az ya da çok yer almaktadır. Almanya, İsviçre, Fransa, İngiltere ve Kanada’da ölçülülük ilkesinin hukuki gelişimine ve uygulamalarına çalışmamızın bu bölümünde yer verilmiştir.

Dünyadaki gelişmesini takiben, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile ülkemizde anayasal bir ölçüt haline gelen ölçülülük ilkesi, yasal dayanağını kazanmadan önceki yıllarda da Anayasa’da bulunan bazı başka maddelerin yorumlanması yoluyla kendisine uygulama alanı bulmaktaydı. Ölçülülük ilkesinin

Türkiye'deki hukuki gelişiminin ardından, Türk hukukunda uygulandığı alanlara değinilmiştir. Öncelikle, tarihsel gelişiminde de ilk ortaya çıktığı alan olan kamu hukukunun içindeki uygulamaları tespit edilmiş; idare, kolluk, ceza ve devletler hukukundaki uygulamalara ilişkin örnekler verilerek ölçülülük ilkesinin uygulanışı somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Birey ve kendisinden daha güçlü konumdaki devlet arasındaki ilişkide ölçülülük ilkesinin sınırlarının çizilmesinin ardından, eşit konumdaki bireylerin arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanındaki uygulamaları incelenmiş; borçlar, ticaret, icra ve iflas hukukundaki uygulamalarına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Ölçülülük ilkesinin alt unsurları, çalışmamızın ikinci kısmında incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi ve öğretide kabul edildiği üzere, ölçülülük ilkesi, üç alt unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Elverişlilik, sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken oranı ifade etmektedir. Bu unsurların belirli bir sırayla somut duruma uygunluğunun incelenmesi yoluyla yapılan ölçülülük denetiminin, iş hukuku çerçevesinde birden çok uygulama alanı bulunmaktadır.

İşveren, aday işçiyi işe almadan önce yaptığı iş görüşmesinde, aday işçi ve mesleki yeterliliği konularında bilgi alma hakkına sahiptir. Fakat işverenin bu hakkını kullanırken sorduğu sorularda ve aday işçinin kişisel verilerinin korunmasında ölçülü davranması gerekmektedir. İş görüşmesinin ardından tarafların anlaşması üzerine aralarında kurulan iş sözleşmesinin devam ettiği süre boyunca işveren, sözleşme özgürlüğünden doğan yönetim hakkını kullanırken ölçülü davranmaya özen göstermelidir. İşverenin yönetim hakkını kullanırken işçi ile karşılıklı menfaatlerinin çatışacağı durumlar sınırlı sayıda olmayıp uygulamada en sık rastlanan birkaç uygulama üzerinden konu somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise; işverenin fesih hakkını kullanması üzerinde durulmuştur. Bozucu yenilik doğuran haklardan olan fesih; işverenin sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünden kaynaklanmaktadır. İşverenin bu hakkı karşısında işçinin, sözleşmenin devam etmesindeki menfaati ve çalışma hakkı bulunmaktadır. Bu hak ve

özgürlükler çatışmasında adil olanın bulunması ancak ölçülülük ilkesinin uygulanması ile gerçekleşebilecektir.

İşverenin, aralarındaki sözleşme ilişkisinin gereği işçiden daha avantajlı konumda bulunması sebebiyle, fesih hakkını kullanırken dikkat etmesi gereken birden çok ilke bulunmaktadır. İşverenin eşit davranma yükümlülüğü ve feshin son çare olması ilkesinin ölçülülük ilkesi ile olan bağlantısı bu bağlamda değerlendirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında öngörülen fesih türlerinden, ölçülülük denetimine tabi olmaları sebebiyle bildirimli fesih ve bildirimsiz (hakkı nedene dayanan) fesih türleri tanımlanmış, işverenin fesih hakkını kullanırken gözetmesi gereken ilkeler ve bu ilkelerin kullanım alanları üzerinde durulmuştur. İşverenin fesih hakkını kullanmasını takiben işçi tarafından dava açıldığı hallerde, işverenin fesih hakkını kullanırken ölçülü olup olmadığının denetimi mahkemelerce yapılmaktadır. İşverenin fesih hakkını kullanımının ölçülülük denetimini yapan Yargıtay'ın ilgili kararları incelenerek ölçülülük ilkesinin, işverenin fesih hakkına bulunduğu müdahalenin sınırları ortaya konmaya çalışılmıştır.

1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük, günlük dilde sıklıkla kullanılan bir kavramdır. Ölçülülük kavramı, yapısı gereği genel sınırlar çizmemekte, her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmasını sağlayan bir denetim mekanizması öngörmektedir. Bu sebeple ölçülülüğün hukuki ilişkileri düzenlemedeki rolünün anlaşılması, adil ve dengeli kararlar verilebilmesi açısından büyük öneme sahiptir. Ölçülülüğün tam olarak kavranabilmesi için gelişiminin, meydana geldiği ilk günlerden başlanarak bilinmesi gerekmektedir.

1.1. Ölçülülük İlkesinin Tanımı ve Felsefi Gelişimi

Dünya üzerinde vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabildiği bir devlet bulunmamaktadır. Her devlet, kendi ekonomik, siyasal ve kültürel politikaları doğrultusunda, sınırları içerisinde bulunan bireylerin hak ve özgürlüklerinin sınırlamalarını belirlemektedir. Bu sınırlamalar bazen amaçlarını aşmakta, asıl olanın özgürlük mü yoksa sınırlama mı olduğu anlaşılamaz hale gelebilmektedir¹.

Günümüzde, devletin, bireylerin hak ve özgürlüklerini “sınırlamasının sınırı” şeklinde tanımlanan ölçülülük; devlet ve birey arasındaki ilişki bağlamında değerlendirilmesinden önce, bireyin kendi hayatını idame ettirirken gözetmesi gereken bir kavram olarak tartışılmaya başlanmıştır².

M.Ö. 300’lü yıllarda Aristo; dokunma, tat alma gibi duyu, davranış ve bedensel hazlarda ölçülü olunması gerektiğini belirtmiş ve ölçülü kişiyi bu konularda “ortayı bulmuş” olarak tanımlamıştır³. Aristo’ya göre geniş anlamda adalet, kişileri adil davranmaya iten bir erdem; dar anlamda adalet ise ölçülü olma şeklinde tanımlanmıştır⁴.

¹ Y. Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.17.

² C. Rumpf, ‘Ölçülülük İlkesi Ve Anayasa Yargısındaki İşlevi Ve Niteliği’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 10, 1993, s. 30.

³ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (Çev. S. Babür), Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1988, s. 67.

⁴ D. Ugan Çatalkaya, ‘İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi’, Doktora Tezi, *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2017, s. 8.

Epikür’e göre mutluluğu bulmanın yolu ölçülülükten geçmektedir. İnsanlar, ölçülülük sayesinde akıllı, namuslu ve doğru yaşarlar ve ancak bu şekilde mutluluğa ulaşabilirler. İnsanın en büyük zenginliğinin ölçülülük olduğunu vurgulayan Epikür, diğer bütün erdemlerin kaynağının da ölçülülük olduğunu belirtmiştir⁵.

Benzer şekilde Sokrates de hayatın amacının mutluluk olduğunu ve kişinin gerçek mutluluğa ulaşabilmek için ölçülü hareket etmesi ve kendine hakim olması gerektiğini savunmaktadır⁶.

M.Ö. 3. yüzyılda kurulan Stoa Okulu’na göre temel amaç sayılan mutluluğa erişmenin yolu, doğaya uygun davranma, yani akla uygun davranışta bulunmaktır. Davranışların akla uygun olup olmadığının anlaşılması için öngördükleri dört erdem: doğru seçme, sabırla katlanma, ölçülü olma ve adil olmadır⁷.

Doğu düşünürlerinden Farabi de mutluluğa ulaşmanın yolunun ifrat ve tefrit olarak adlandırılan iki aşırı uçtan uzak, dengeli bir orta yol düşüncesi ile mümkün olabileceğini savunmaktadır⁸. Örneğin cömertlik; cimrilik ve savurganlık iki ucunun arasındaki ölçülü yol olan erdemli davranıştır⁹.

Spinoza’ya göre ulaşılması gereken yol zihnin etkinme kudretini arttırmak olarak tanımlanmışken, ölçülülük de zihnin etkinme gücünü arttıran durumlardan/duygulanımlardan biri olarak sayılmıştır¹⁰.

Düşünürlerin, tarih boyunca, ölçülülüğü hayatın amacı olarak tanımladıkları mutluluğa erişmenin, adil olmanın, doğa ile uyumlu olmanın ve siyasal erdeme ulaşmanın yolu olarak görmeleri, insanların bir arada yaşamada denge aracı olarak ölçülülüğe başvurduğunu göstermektedir. Birden çok kişinin bir arada var olabilmesi, farklı menfaatlerin arasında kurulacak bir denge arayışını beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, dengeyi sağlama işlevinin yüklendiği, denge ve ölçünün sıkça referans alındığı hukuk sistemlerinde kullanılan en eski simgenin “terazi” olması da tesadüf

⁵ Epikür, Mektuplar Ve Maksimler, (Çev. H. Örs), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1962, s. 37-38.

⁶ A. Göze, *Siyasal Düşünceler Ve Yönetimler*, Beta, İstanbul, 1989, s. 16.

⁷ Göze, a.g.e., s. 58.

⁸ N. Bulut Uslu, ‘Farabi Ve Aristoteles’te Mutluluk Ahlakı’. *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, cilt:8, sayı:2, 2018, s. 473.

⁹ Oğurlu, a.g.e., s. 20.

¹⁰ B. Spinoza, *Etika* (Çev. H. Z. Ülken), Dost, Ankara, 2011, s. 176.

değildir¹¹. Hukuki ilişkilerin adalet ve denge içeren bir biçimde düzenlenmesi, ölçülülük ilkesinin temelini oluşturmaktadır.

Kişinin kendi hayatını sürdürürken mutlaka gözetmesi gereken bir ilke olarak ortaya çıktığı dönemlerde dahi önemi sürekli vurgulanan ölçülülüğün, teşkilatlanmasıyla kişiden daha güçlü konumda bulunan devlet ile birey arasındaki güç dengesinin gözetilmesinde daha da büyük bir öneme sahip olacağı şüphesizdir.

Platon, devletin kişilerin kendi kendisine yetememesinden ve varlığını sürdürebilmek adına mutlaka başka insanlara ihtiyaç duymasından doğduğunu savunmaktadır¹². Benzer şekilde Farabi'ye göre de devletin var oluşunun dayanaklarından biri ihtiyaç nazariyesidir¹³.

Var olabilmek adına birlikte yaşamaya muhtaç olan insanların bir arada uyum içinde yaşayabilmeleri belirli kurallara uymaları dahilinde mümkün olabilmektedir. Aksi takdirde doğası gereği kötü olduğu kabul edilen insan, diğer insanların haklarına saldırarak ve kaos meydana gelecektir. J.J. Rousseau'ya göre insanlar, zımni bir toplum sözleşmesi ile “devlet” adını verdikleri kuruma, doğal özgürlüğü ile isteyip elde edebileceği şeyler üzerindeki sınırsız hakkını devretmiş ve karşılığında elindeki şeylerin mülkiyetinin korunmasını garantiye almıştır¹⁴. Yani insanlar meydana getirdikleri siyasal topluluğun varlığını devam ettirebilmesi için bir kısım özgürlüklerinden topluluk lehine feragat etmişlerdir¹⁵. Bu sebeple artık bireylerin sahip oldukları her hak ve özgürlük, beraberinde bir ödev getirmektedir. Kendilerine tanınan hakları, diğer insanların haklarına ve içinde yaşadıkları toplumun çıkarlarına zarar verecek şekilde kullanmama ödevi¹⁶.

Her ne kadar, insanların bir arada yaşaması sonucu ortaya çıkması muhtemel kaosu önlenmesi açısından devlete birtakım yetkiler verilmiş ise de devletin bu

¹¹ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 9-10.

¹² Eflatun, Devlet, (Çev. S. Eyüboğlu), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975, s. 137.

¹³ B. Bayraklı, *Farabi'de Devlet Felsefesi*, Doğuş Yayın, İstanbul, 1983, s. 55.

¹⁴ J.J. Rousseau, Toplum Sözleşmesi, (Çev. V. Günyol), Çan Yayınları, İstanbul, 1974, s. 32.

¹⁵ M. Sağlam, 'Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu'. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 19, 2002, s. 234.

¹⁶ R. Türmen 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Kapsamı Ve Sınırlamaları'. *Yargıtay Dergisi*, cilt:28, sayı:1-2, 2002, s. 196.

yetkileri sınırsızca kullanamayacağı açıktır. Devletin kendisine bahşedilen bu yetkileri kullanmasının sınırı, ölçülülük ilkesi ile belirlenebilecektir.

Montesquieu, her insanın kendisine tanınan yetkiyi suistimal etmeye meyilli olduğunu, bu sebeple devlet kurumunun varlığını sürdürebilmesi için mutlaka bir denetim mekanizması olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁷. Montesquieu'nün 18. yüzyılda öngörmüş olduğu bu denetim mekanizmasının günümüz hukuk devletindeki karşılığı ölçülülük ilkesidir.

Hukuk devletinin varlığı, devletin her türlü faaliyetinin bağımsız hakimler vasıtasıyla etkin bir denetlemeye tabi tutulmasına bağlıdır. Bu aşamada ölçülülük; hem devletin yasama faaliyetini yürütürken, Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin hangi şart ve koşullarda sınırlanabileceği hususunun düzenlenmesinde kullanılmakta; hem de yürütme faaliyetinde devletin, bireyin hak ve özgürlüğü aleyhine başvurduğu yöntemin amacını aşan bir ağırlıkta olup olmadığı hususunu denetlemektedir. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi, bir temel hak veya özgürlüğü sınırlama amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişkinin orantısının denetiminde kullanılan hukuka uygunluk kriteri olarak da tanımlanmaktadır¹⁸.

1.2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi

Ölçülülük ilkesinin hukukun içinde uygulama alanı bulmasının temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü olması düşüncesi vardır. Bu düşünce hukuk kurallarından dahi eski olup hukukun içine nasıl dahil edileceği konusu, ilke uygulama alanı bulmadan önceki yıllarda da tartışılmıştır¹⁹.

Bugünkü tanımladığımız anlamıyla ölçülülük ilkesi, ilk defa 19 yüzyılda Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nce uygulanmıştır²⁰.

İlkenin ilk kullanımını takiben diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde de yansımaları görülmeye başlanmıştır. Aşağıda bazı örneklerini inceleyeceğimiz üzere

¹⁷ C. L. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çev. B. Günen), Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2020, s. 154.

¹⁸ O. Uçar, ve A.B. Yereli, 'Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar (Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Bir Değerlendirme)'. *Sosyoekonomi*, cilt: 27 sayı: 42, 2019b, s. 206.

¹⁹ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 10.

²⁰ Y. Metin, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 19

ölçülülük ilkesi, bazı ülkelerin iç hukuklarına idare hukuku vasıtası ile bazı ülkelere ise anayasa hukuku yoluyla giriş yapmıştır. Ölçülülük ilkesi, Almanya Anayasası'nda pozitif temeline sahip olmadan önce "ölçüsüzlük yasağı" adıyla uygulanmaya başlamıştır²¹.

Uygulama alanının artmasıyla birlikte ölçülülük ilkesi birçok ülkenin iç hukukunda kullanılan bir denetim mekanizması haline gelmiştir. İlkenin kullanımı, ülkelerin iç hukukları ile sınırlı kalmamış, uluslararası belgelerde de bir denetim ölçütü olarak tanımlanmıştır. AİHS ve 16 Eylül 1963 tarihli AİHS Ek 4 Sayılı Protokol, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme metinlerinde ve Birleşmiş Milletlerin düzenlemelerinde ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmektedir²².

AİHM, devletlerin sözleşmedeki hak ve özgürlüklere yaptığı müdahalelerin demokratik toplum için gerekliliğini denetlemektedir. Bu denetimde müdahalede kullanılan aracın, elde edilmek istenen amaçla uygun olup olmadığı değerlendirilmekte, aynı amacı gerçekleştirebilecek daha az sınırlayıcı bir aracın bulunması halinde sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermektedir²³.

Ölçülülük ilkesi, bireysel menfaatler ile kamu menfaati arasında bir denge sağlanmasını amaçladığı için demokratik hukuk devletinin bir ürünü sayılmaktadır. Günümüzde demokratik hukuk devleti anlayışı egemen olduğundan ölçülülük ilkesi, evrensel nitelikte bir ilke konumundadır²⁴.

Ölçülülük ilkesi, modern hukuk sistemlerinde devletin müdahalelerinin adil ve dengeli olmasını sağlamak amacıyla önemli bir denetim mekanizması olarak kullanılmaktadır. Bu ilke, bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma altına alırken, devletin yetkilerini sınırlayarak hukuk devleti ilkesinin tesisine katkıda bulunmaktadır.

Aşağıda, öncelikle ölçülülük ilkesinin ortaya çıkış yeri olan Almanya olmak üzere, ilkenin farklı ülkelerin hukuklarındaki gelişimlerine değinilmiştir.

²¹ F. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması Ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 113-114.

²² Oğurlu, a.g.e., s.179.

²³ Türmen, a.g.e., s. 207-208.

²⁴ Rumpf, a.g.e., s. 44.

1.2.1. Almanya’da Ölçölülük İlkesinin Hukuki Gelişimi

Ölçölülük ilkesi, Alman Anayasasından daha eskidir²⁵. Ölçölülük ilkesinin, ilk kez 1882 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından uygulandığı kararda, kamu düzeninin sağlanması için polisin tedbir almasının mümkün olduğu belirtilmekle birlikte bu tedbirlerin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır²⁶.

Bugün; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak adlandırılan üç alt unsurdan oluşan ölçölülük ilkesinin bütün unsurları ile oluşturulması da yine Almanya’da ve II. Dünya Savaşı’ndan sonra gerçekleşmiştir²⁷. Savaş sonrası dönemde devletin meşru amaçlar için orantılı araçlar kullanması önem kazanmıştır²⁸.

Ölçölülük ilkesinin uygulanmasında üçüncü ve son aşama olan orantılılık unsuru, Alman hukukunda çoğunlukla “dar anlamda ölçölülük” olarak ifade edilmektedir. Alman mahkemelerinin verdikleri kararlarda, hukuka aykırı olduğu tespit edilen durumların çoğunda aykırılık, orantılılık unsurunun ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır²⁹.

Alman hukukunda, hukukun genel bir ilkesi olarak ortaya çıkan ölçölülük, öncelikle idare hukuku alanında uygulanmış olup günümüzde hukukun hemen hemen tüm alanlarında etki sahibidir. Ölçölülük ilkesinin Alman hukukunda yaygınlaşmasında iki ana etken rol oynamıştır: Birincisi, devlete karşı bireysel hak ve özgürlüklerden fazla taviz verilmemesi gerektiği görüşü, ikincisi ise devletin faaliyetlerinin yargı denetimine tabi tutulmasıdır. Bu denetim, idari yargı alanında 19. yüzyıldan, anayasa yargısı alanında ise 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uygulanmaktadır³⁰.

²⁵ D. Grimm, ‘Kanada ve Almanya Anayasa Hukukunda Ölçölülük’ (Çev. K. Başol, E. K. Demirkıran). *Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt:1, sayı:1, Ekim 2019, s. 195.

²⁶ J. G. Erdem, ‘Ölçölülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri’. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 62, sayı: 4, Aralık 2013, s. 974.

²⁷ Erdem, a.g.e., s. 975.

²⁸ E. Engle, ‘The History Of The General Principle Of Proportionality: An Overview’. *The Dartmouth Law Journal*, 2012, s. 6.

²⁹ Grimm, a.g.e., s. 198- 200.

³⁰ Oğurlu, a.g.e., s.121- 122.

Ölçülülük ilkesinin AİHM kararlarında uygulanması da Almanya kanalıyla olmuştur³¹.

Ölçülülük ilkesi, bireysel yarar ve kamu yararı arasında makul bir denge kurmayı amaçladığından, demokratik hukuk devletinin bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle demokrasi veya hukuk devleti ilkelerine dayandığı kabul edilmektedir. Ölçülülük ilkesinin kendine özgü bir uygulama alanı olmamakla birlikte diğer normların yorumlanmasında anahtar bir rol üstlenmektedir ve bu nedenle genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmektedir³².

Alman hukukunda, genel bir anahtar rolündeki bu ilkenin açıkça düzenlendiği maddeler de bulunmaktadır. Örneğin Alan Ceza Kanunu madde 32 (b), meşru müdafaaı düzenlerken, saldırıyı önlemeye yönelik savunmanın “gerekli” olmasını şart koşar. Aynı Kanunun 34. maddesi ise ıztırar hali kapsamında, tehdidin derecesi ile tarafların fayda ve zararının dengelenmesi bağlamında bir karşılaştırma öngörmektedir³³.

Alman hukukunda, alınan önlemin ölçüsüz olması durumunda, ölçüsüzlüğü tespit edilen karar hukuka aykırı ve yok hükmünde kabul edilir. Alman hukukuna göre bu tür hukuka aykırılıklar maddi tazmin ile telafi edilemeyecek bir durum meydana getirmekte ve telafi için ölçülü olan yeni bir karar alınması gerekmektedir³⁴.

Almanya’da idare, anayasa, ceza gibi kamu hukuku alanlarında yaygın biçimde kullanılan ölçülülük ilkesi, özel hukukun içinde de kendisine uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Alman iş hukukunda, ölçülülük ilkesinin iş sözleşmesinin fesihle sona erdiği bütün hallerde uygulanması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır³⁵.

³¹ A. Ceylan, ‘Teori Ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi’, Yüksek Lisans Tezi, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2008, s. 79; Erdem, a.g.e., s. 976.

³² Rumpf, a.g.e., s. 44-46.

³³ Oğurlu, a.g.e., s.191.

³⁴ Oğurlu, a.g.e., s. 192.

³⁵ Kılıçoğlu M. ve Şenocak K., ‘İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği Ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu’. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği*, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, 2010, s. 184.

1.2.2. İsviçre’de Ölçölülük İlkesinin Hukuki Gelişimi

İsviçre Hukukunda, ölçölülük ilkesi ile kamusal ve ekonomik özgürlüklerin kısıtlamalarında kanun koyucuya birtakım sınırlamalar getirilmektedir. İlkenin uygulaması kolluk ve idari yaptırımlar konularında uygulanmaya başlanmış olup İsviçre Federal Mahkemesince geliştirilen keyfilik yasağı kuramı, Avrupa Devletleri’nin özgürlük anlayışları üzerinde büyük etkiye sahiptir³⁶.

İsviçre Hukukunda ölçölülük prensibi ilk kez 19. yüzyılın sonlarında Bundesrat tarafından sanayi ve ticaret özgürlüklerinin kullanılmasıyla ilgili bir itiraz üzerine verilen kararda uygulama alanı bulmuştur. Bu karar, süt veren hayvanların memelerine uygulanan merhemın satışının yasaklanması hakkındadır. Kullanım talimatında merhemın tedavi edici bir etkiye sahip olmadığı hususunun belirtilmesi ve yalnızca sağılmanın kolaylaştırdığının açıkça yazılması amaca ulaşmaya yetecekken merhemın satışının yasaklanması önleminin ölçüsüz olduğuna Federal Mahkemece karar verilerek, anayasaya aykırı bulunmuştur. Federal Mahkemenin daha sonraki kararları da sanayi ve ticaret özgürlüğü ile ilgilidir³⁷.

1 Ocak 2000 tarihli yeni İsviçre Anayasası ile ölçölülük ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Anayasanın 5. maddesinin 2. bendinde “Devletin faaliyetleri kamu yararına dayanmak ve ölçülü olmak zorundadır.” hükmü yer almakta ve 36. maddenin 3. bendinde ise “temel hakların sınırlandırılması ölçülü olmak zorundadır.” denmektedir. Bu iki hükümle ölçölülük ilkesi açıkça İsviçre Anayasası’na girmiş ve ilkenin anayasal temeli konusundaki belirsizliklere son vermiştir³⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi, sonraki yıllarda kişi özgürlüğü, mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı özgürlüğü ve dil özgürlüğü konularındaki kararlarında da ölçölülük ilkesini uygulamış ve her geçen gün uygulama alanını genişletmiştir. Ölçölülük ilkesi, İsviçre Federal Mahkemesi’nce 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ceza ve ceza muhakemesi hukuku tedbirlerinde de uygulanmaya başlanmıştır³⁹.

³⁶ Ugan Çatalıkaya, a.g.e., s. 18.

³⁷ Metin, a.g.e., s. 147.

³⁸ Metin, a.g.e., s. 150.

³⁹ Metin, a.g.e., s. 152.

1.2.3. Fransa’da Ölçölülük İlkesinin Hukuki Gelişimi

Fransız hukukunda ölçölülük ilkesinin, hukukun genel bir ilkesi olduğu görüşü kabul edilmemektedir. Buna karşın başta idare hukuku olmak üzere bazı alanlarda kullanılmaktadır⁴⁰.

Ölçölülük ilkesinin Fransız Hukukundaki ilk görünümü 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 8. maddesidir⁴¹. Bu madde ile, yasaların kesin ve açık olarak gerekli sayılan cezalar öngörebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kanun koyucunun yetkisini sınırlamaktadır⁴².

Literatüre göre ölçölülük ilkesi, Fransız Yüksek İdare Mahkemesi (Conseil d’Etat) tarafından ilk kez 1933 tarihli Benjamin kararı’nda açıkça ifade edilmiştir⁴³. Karara konu olayda ünlü bir edebiyatçının vereceği konferans yasaklanmıştır. Yüksek Mahkeme, kamu düzenini korumak için kolluk önlemi almanın yeterli olacağını belirtmiş ve yasaklama işlemi iptal edilmiştir⁴⁴. Conseil d’Etat, yaptığı ölçölülük denetiminin sonunda aynı derecede etkili olacak ancak daha hafif bir sınırlama içeren bir aracın varlığını tespit etmiş ve bu sebeple yasağı hukuka aykırı bulmuştur.

Conseil d’Etat içtihatlarında idari kararların denetimi özellikle 1971 yılından beri uygulanan bilanço tekniği ile genişlemiştir⁴⁵.

Kamulaştırma hakkında verilmiş 1971 tarihli Ville Nouvelle Est kararında bilanço tekniği kullanılarak ölçölülük denetimi yapılmıştır. İdarenin kamu yararını gözeterek almış olduğu kararın mülkiyet sahipleri üzerinde yarattığı zararın fazlalığı ve kamu maliyetinin beklenen faydayı aşması halinde, işlemin hukuka uygun olmayacağına karar verilmiştir⁴⁶.

⁴⁰ Metin, a.g.e., s. 156.

⁴¹ İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 8. Maddesi şu şekildedir: “Yasalar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan yasalar dışındaki başka bir yasa nedeniyle cezalandırılmaz.” Bildirinin tam metni için bkz: www.conseil-constitutionnel.fr, ‘Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789’, E.T: 20.08.2024.

⁴² Ugan Çatalıkaya, a.g.e., s. 18.

⁴³ Oğurlu, a.g.e., s. 182; Metin, a.g.e., s. 156.

⁴⁴ Oğurlu, a.g.e., s. 182.

⁴⁵ Metin, a.g.e., s. 159.

⁴⁶ Erdem, a.g.e., s. 978.

Bilanço prensibine göre, terazinin bir kefesine işlemin yöneldiği kamu yararını diğer kefesine ise işlemin yaratacağı sakıncalar konmakta ve bu yolla işlemin ölçülülüğü hususunda bir sonuca varılmaktadır.

Bazı yazarlar bilanço tekniğini “maliyetler ve faydalar arasındaki denge” olarak tanımlamaktadırlar⁴⁷.

Görüldüğü üzere Fransız yargısınca geliştirilen bu bilanço tekniği ile ölçülülük ilkesine yakın bir denetim yapılmaktadır. Conseil d’Etat farklı alanlarda yaptığı denetimlerde ölçülülük ilkesini kullandığında dahi bunu açıkça ifade etmemekte, bunun yerine “açık ölçüsüzlük”, “tüm ölçülerin dışında” gibi ifadeler kullanmaktadır⁴⁸.

1.2.4. İngiltere’de Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi

İngiliz Hukukunda ölçülülük ilkesinin köklerinin 1215 tarihli Magna Charta Libertatum’a dayandığı kabul edilmektedir⁴⁹.

Magna Charta’nın 20. Maddesinde, özgür bir kişinin küçük suçlar için yalnızca para cezasına çarptırılabilmesi ve bunun suçun derecesine göre belirleneceği düzenlenmiştir⁵⁰. Maddede açıkça cezanın ağırlığı ile suçun ağırlığı arasındaki ölçü düzenlenmektedir.

İngiliz Hukukunda, günümüzdeki tanımıyla ölçülülük ilkesi Avrupa Birliği’ne üyeliğin bir etkisi ve sonucu olarak kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁷ J. Cianciardo, ‘The Principle Of Proportionality: The Challenges Of Human Rights’. *Journal Of Civil Law Studies*, volume: 3, 2010, s. 180.

⁴⁸ Erdem, a.g.e., s. 978.

⁴⁹ Engle, a.g.e., s. 7; Metin, a.g.e., s. 165.

⁵⁰ Magna Charta’nın 20. Maddesi: “Özgür bir insan işlediği küçük bir suç için ancak bu suçla orantılı küçük bir para cezasına çarptırılacak, ağır bir suçun cezası da suçun ağırlığıyla orantılı olarak büyük olacak fakat kişinin yaşamasına engel olacak kadar ağır olmayacaktır. Kraliyet mahkemesi kararlarında tüccarların ticari mallarına, köylülerin gerekli araçlarına dokunulmayacak, bu para cezalarının hiçbirisi o çevrenin tanınmış kişilerinin geçerli tanıklığı olmadıkça alınmayacaktır.” Daha detaylı bilgi için bkz: A. C. Tuncay, ‘Magna Carta (Büyük Ferman)’. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 10, sayı: 135- 136, Aralık 2015, s. 14.

⁵¹ Oğurlu, a.g.e., s. 201.

İngiliz hukukunda, bulunan “makul oluş doktrini” ölçülülük ilkesi ile benzerlik göstermektedir. Makul oluş doktrini, alınan karar ile kararın amacı ve şartları arasındaki makul ilişkiyi ifade etmektedir⁵².

Makul oluş doktrini ilk defa 1948 tarihinde Wednesbury kararında kullanılmış olup literatürde “Wednesbury Makuliyeti”, “Wednesbury Testi” şekillerinde de kullanılmaktadır⁵³.

1932 tarihli Pazar Eğlencesi Kanunu’na göre, pazar günleri gösterim yapabilmek için 15 yaşının altındakilerin yanlarında yetişkin olsa dahi sinemaya kabul edilmemeleri şartının sağlanması gerekmekte idi. Wednesbury ilkesi, bir sinema sahibinin bu şartın hukuka aykırı olduğu iddiası üzerine görülen davada ortaya çıkmıştır. Bir kamu idaresinin takdir yetkisini kullanma biçimi çok mantıksızsa ve başka kamu otoriteleri bu yetkiyi bu şekilde kullanmayacaklarsa söz konusu kullanımın hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

Bu kararı takiben, makul oluş doktrini, İngiliz Hukukunda takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımı hakkındaki olaylarda başvuru kilit bir araç haline gelmiştir. Makul oluş doktrini ile ölçülülük ilkesi her ne kadar birbirlerine benzeseler de ölçülülük ilkesinin uygulanmasının çok daha titizlik gerektirdiği kabul edilmektedir⁵⁵.

Örneğin, 1979 yılında karara bağlanan Sunday Times kararında AİHM, İngiltere’yi haksız bulmuştur⁵⁶. Hamile kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerinin fark edilmesi üzerine piyasadan çekilen ilaçtan zarar gören kişilerin tazminat taleplerinin reddedilmesi ile ilgili bir haber yapan Sunday Times gazetesine İngiltere hükümetince idari yaptırım uygulanmıştır. Bu idari yaptırımın AİHS madde 10 ile koruma altına

⁵² Oğurlu, a.g.e., s. 206.

⁵³ E. Saygın, ‘Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk Ve İngiliz Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz’. *Ankara Barosu Dergisi*, cilt: 75, sayı: 2, Temmuz 2017, s. 71.

⁵⁴ Saygın, a.g.e., s. 75.

⁵⁵ Oğurlu, a.g.e., s.207.

⁵⁶ “Mahkeme, davanın bütün koşullarını göz önünde tutarak şikayet edilen müdahalenin Sözleşme’deki ifade özgürlüğünün kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvuru haklarında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10(2) fıkrasına göre yeterli bulmamaktadır. Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır; bu yasak yargı erkinin otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir.” Daha detaylı bilgi için bkz: Saygın, a.g.e., s. 73.

alınmış olan ifade özgürlüğünü ölçüsüz olarak sınırladığı, sınırlamanın zorunluluk ve elverişlilik unsurlarını taşımadığı AİHM tarafından tespit edilmiştir⁵⁷.

AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının ardından 1998 tarihinde İnsan Hakları Kanunu yürürlüğe girmiş ve bu kanunun uygulanması ile ölçülülük, İngiliz hukukunda bir denetim mekanizması olarak kullanılmaya başlanmıştır. İngiltere Yüksek Mahkemesi, 1999 tarihli Freitas davasında; dava konusu yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için yeterliliği, yaptırımın amaç ile mantıksal bağının varlığı ve kullanılan yöntemin amaca ulaşmak için fazla olup olmadığı şeklinde üç aşamalı bir test uygulamıştır⁵⁸.

Ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunda uygulanmaya başlamasında AİHM tarafından İngiltere aleyhine verilen kararların büyük etkisi bulunduğu kabul edilmektedir.

1.2.5. Kanada’da Ölçülülük İlkesinin Hukuki Gelişimi

Kanada Mahkemeleri, devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalesini sınırlamak amacıyla ölçülülük ilkesini kullanmaktadır⁵⁹.

1982 tarihli Kanada Hak ve Özgürlükler Beyannamesi’nin birinci maddesi, hak ve özgürlüklerin ancak yasayla belirlenmiş ve makul sınırlara tabi olarak sınırlanabileceğini düzenlemektedir⁶⁰.

Ölçülülük ilkesi, Kanada Mahkemelerince 1982 tarihli Kanada Hak ve Özgürlükler Beyannamesi’nin birinci maddesinin yorumu yoluyla uygulanmaktadır. Kanada Mahkemeleri, ölçülülük ilkesini uygularken üç aşamalı bir yöntem izlemektedir. Birinci aşamada öncelikle, temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasındaki amaç ile bu amaca ulaşmak için başvurulanan araç arasındaki makul bağlantının varlığı aranmaktadır. Makul bağlantının tespit edilmesi halinde ikinci aşamada Kanada

⁵⁷ Erdem, a.g.e., s. 980; Saygın, a.g.e., s. 73.

⁵⁸ Saygın, a.g.e., s. 69.

⁵⁹ O. K. Kanadoğlu, ‘Türk Ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması Ve Uyumlaştırılması’, Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 1998, s. 163.

⁶⁰ Kanada Hak Ve Özgürlükler Beyannamesi Madde 1: “*Kanada Hak Ve Özgürlükler Şartı, içinde belirtilen hak ve özgürlükleri, ancak özgür ve demokratik bir toplumda katlanılabilir bir şekilde haklı gösterebilecek yasayla belirlenmiş makul sınırlara tabi olarak güvence altına alır.*” Beyannamenin tüm maddeleri için bkz: www.laws-lois.justice.gc.ca, ‘Constitution Act, 1982’, E.T: 17.08.2024.

Mahkemeleri aracın, amaca ulaşmada temel hakka en az zararı verip vermediğini değerlendirmektedir. Üçüncü ve son aşamada ise konu ile ilgili bir zarar- fayda analizi yapılmaktadır⁶¹.

İkinci aşamada kullanılan “en az zarar” tabiri, Kanadalı yazarlar tarafından tarif edilirken genellikle “gerekli” kelimesi kullanılmaktadır. Kanada Mahkemelerince yapılan ölçülülük testi sonucu aykırılık tespit edilen durumların çoğunda bu aykırılık ikinci aşamadan kaynaklanmaktadır. Diğer ülkelerin çoğunda (ve özellikle Almanya’da) ölçülülük ilkesine uygun olmadığı tespit edilen durumlar ölçülülük denetiminin üçüncü aşamasından kaynaklanırken bu durum Kanada’da farklılık göstermektedir. Bu durum Kanada’nın üçüncü aşamayı yedek bir fonksiyon olarak değerlendirmesi ve üçüncü aşamada yalnızca önceki analizin özetini yapmasından kaynaklanmaktadır⁶².

Buna karşın, üçüncü aşamada yapılan zarar- fayda analizinin önemi, Kanada Mahkemeleri’nce verilen kararlar ile ortaya konmaktadır⁶³.

1.3. Ölçülülük İlkesinin Türk Hukukundaki Gelişimi

Türk hukukunda ölçülülüğün tarihi kökleri, Osmanlı Devleti’nde yargılama faaliyetlerinde esas alınan 1876 tarihli Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’ye (Mecelle) dayanmaktadır. Mecelle, kişinin zorunluluk halinde, kendi maddi menfaatini korumak için başkasının mallarına tecavüz etmesine icazet verdiği maddesinde, kişinin sebep olduğu zararın tazmin edilmesi gerektiğini de düzenlemiştir. Yine aynı konuda, daha az kıymetli bir malın müdafaası için yüksek kıymetli bir mala zarar vermek gayrimeşru kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Zorunluluk halinde olsa da zarar vermek suretiyle oluşan ve zarar gören maldan mahrum kalma şeklinde ortaya çıkan kısıtlamanın meşruiyeti, ölçülülük ilkesinin uygulanması ile mümkün hale gelmektedir⁶⁴.

⁶¹ Grimm, a.g.e., s. 197-198.

⁶² Grimm, a.g.e., s. 200- 204.

⁶³ Örnek olarak Mahkeme, Oakles davasında: “Bir amaç yeterli derecede önemli ve ölçülülük testinin ilk iki unsuru tatmin edici olsa dahi, tedbirin bireyler veya gruplar üzerindeki zararlı etkilerinin büyüklüğü nedeniyle; bu tedbirin meşruluğunun, hizmet edilmesi istenen amaçlar ile haklı gösterilmesi mümkün olmayabilir.” Daha detaylı bilgi için bkz: Grimm, a.g.e., s. 205.

⁶⁴ Uçar ve Yereli, a.g.e., 2019b, s. 210.

Mecelle'nin ölçülülük ilkesini benimsediğinin başka bir kanıtı, 29. maddesi ile düzenlenen “*Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.*” hükmüdür⁶⁵. Bu hüküm ile, üçüncü bir seçeneğin olmadığı durumlarda, iki zarar verici eylemin arasından daha az zarar verecek olanın tercih edilmesinin gerekliliği vurgulanmaktadır.

Günümüzdeki kullanılan tanımıyla ölçülülük ilkesinin Türk hukukuna girişi, dünyadaki gelişiminin aksine idare hukukuyla değil anayasa yargısı yoluyla olmuştur. İlkenin kullanılarak verildiği ilk kararlar Anayasa Mahkemesi'nce verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, özgürlüğe getirilen sınırlamanın zorunluluğunu, hedeflenen amaçla arasındaki orantıyı ve sınırlamanın kamu düzeninin korunmasına sağladığı katkıyı denetlemektedir⁶⁶.

1924 Anayasası'nda özgürlüğün sınırları, başkalarının özgürlüğünün sınırı olarak belirlenmiştir⁶⁷. 1924 Anayasası'nın 68. maddesi ile, hak ve özgürlüklerin sınırının kanunlar ile tayin ve tespit edileceği hükmü düzenlenmiştir⁶⁸. Bu özgürlük anlayışı yasalarla sınırlı özgürlük olarak da tanımlanmaktadır⁶⁹.

Ölçülülük ilkesi, 1961 Anayasası'nda da açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşın 1924 Anayasasının sahip olduğu yasalarla sınırlı özgürlük anlayışından vazgeçilmiş ve kanun koyucunun yasalarla özgürlükleri sınırlama yetkisi daraltılmıştır⁷⁰.

1961 Anayasası'nın “Temel Hakların Özü” başlıklı 11. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlamasında Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk kriterleri getirilmiş ve kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık gibi özel sınırlama nedenleri sayılmıştır⁷¹.

⁶⁵ A. H. Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979, s. 21.

⁶⁶ Oğurlu, a.g.e., s. 33.

⁶⁷ Sağlam, a.g.e., 2002, s. 9.

⁶⁸ 1924 Anayasası'nın 68. Maddesi: “*Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır. Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudur ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.*” 20.04.1924 T., 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu, RG, sayı: 71, 24.05.1924.

⁶⁹ Sağlam, a.g.e., 1982, s. 129.

⁷⁰ Sağlam, a.g.e., 2002, s. 10.

⁷¹ 1961 Anayasası'nın 11. Maddesi: “*Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.*” 09.07.1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG, sayı: 10859, 20.07.1961.

1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin pozitif dayanağı bulunmamasına rağmen kararlarında bu ilkeye yer vererek içtihat yoluyla ilkenin uygulanmasını sağlamaya çalışmıştır⁷².

Anayasa Mahkemesi, 1964 yılında verdiği bir kararında⁷³, açıkça belirtmese de ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından olan elverişlilik denetimi yapmıştır. Dava konusu olayda kan gütme sebebiyle adam öldürme veya teşebbüs halinde, failin hısımlarının başka yere naklini düzenleyen 3236 sayılı Kanun'un ilk iki maddesinin Anayasa'ya uygunluğu denetlenmiştir. AYM tarafından yapılan denetimde, kanunla öngörülen sınırlama, amaçları açısından ele alınmış ve sınırlamanın bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olmadığına hükmedilmiştir⁷⁴.

Ölçülülük ilkesinin henüz pozitif bir temele dayanmadığı 1982 Anayasası ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği haller daha da daraltılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği haller, Anayasa'nın 13. maddesi⁷⁵ ile düzenlenmiş,

⁷² Oğurlu, a.g.e., s. 43. Örneğin 18.02.1971 tarihinde verdiği, 1970/22 E., 1971/20 K. tarihli kararın gerekçesinde: “İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yaptırımı konulması olanağı yoksa da bu ilkenin hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez.” cümlesi yer almaktadır. www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

⁷³ AYM, 11.02.1964 tarih ve 1963/330 E., 1964/15 K. sayılı kararın gerekçesinde; “...3236 sayılı kanunla emniyet tedbirleri konulmasında hukuk kurallarına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık yoksa da kanunun 1. ve 2. maddeleri, yer değiştirme tedbirinin suçlu veya ortakları hakkında değil, suçla bir ilgisi bulunmayan hısımlar hakkında uygulanmasını öngörmekte ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini zedelediğinden Anayasa'nın 33üncü maddesine aykırı bulunmaktadır. Kangütmeye sebebiyle adam öldürülmesi veya buna teşebbüs olunması halinde failin yakın hısımlarının başka yerlere naklinde, salgın hastalıkları önleme, kamu mallarını koruma, iktisadi ve tarımsal gelişmeyi gerçekleştirme maksatlarının bulunmadığı açıktır. 3236 sayılı kanunun (Milli güvenliği sağlama) amacının gerçekleşmesini sağlayacağı da düşünülemez. Kaldı ki 18nci maddede güdülen amaçlar genel niteliktedir. Bir bölgeye girmek veya yerleşmek milli güvenliği sarsıyorsa, oraya hiç kimsenin girmemesi ve yerleşmemesi, yerleşmiş olanların da oradan çıkarılması gerekir. Yoksa, yalnız kangütmeye sebebiyle adam öldüren veya buna teşebbüs eden kimselerin hısımlarına uygulanabilecek bir yasakta milli güvenliği sağlama amacının bulunduğu düşüncesi savunulamaz.” www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

⁷⁴ Metin, a.g.e., s. 198.

⁷⁵ 1982 Anayasası'nın 13. maddesi: “Temel hak ve hürriyetler; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamazlar. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.” 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG., cilt: 22, sayı: 17863, 09.11.1982, s. 3.

sınırlamaların demokratik toplum düzenine aykırı olamayacağı ve öngörüldüğü amaç haricinde uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır⁷⁶.

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini kararlarında açıkça kullanmaya başlamış hatta 1989 tarihli bir kararında⁷⁷, ölçülülük ilkesini oluşturan alt unsurları gerekçede tanımlamıştır⁷⁸.

1982 Anayasası'nın zamanla meydana gelen siyasi açılımlara bağlı olarak değiştirilmesi ihtiyacı ve Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde verilmiş ekonomik ve siyasi kriterlere yönelik taahhütler doğrultusunda 2001 tarihinde Anayasa'da önemli değişiklikler yapılmıştır⁷⁹.

3.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun ile Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama politikası kökten değiştirilmiş ve AİHS paralelinde tekrar düzenlenmiştir⁸⁰.

Kanun ile, temel hak ve özgürlüklere ilişkin 25 farklı maddede değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerde AİHS kriterlerinin temel alındığı Anayasa değişikliğinin teklif gerekçesinde özellikle yer almıştır⁸¹.

Değişiklikten önce Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin hepsi için genel bir sınırlama niteliği taşımakta idi. Değişiklik ile genel sınırlama sebepleri yürürlükten kaldırılmış ve Anayasa'nın diğer maddelerinde (20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 34) özel sınırlama sebepleri olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 13. madde genel sınırlama maddesi olma niteliğini kaybetmiş, temel hak ve özgürlükler açısından genel koruma maddesi haline gelmiştir. Bu şekilde AİHS'in benimsediği, temel hak ve

⁷⁶ Sağlam, a.g.e., 2002, s. 12.

⁷⁷ "... amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri, ... yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk- gereklilik", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleridir." cümlelerine yer verilen karar; AYM 23.06.1989, 1988/50 E., 1989/27 K., www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

⁷⁸ Kanadoğlu, a.g.e., s. 167; Oğurlu, a.g.e., s. 43.

⁷⁹ Sağlam, a.g.e., 2002, s. 13.

⁸⁰ O. Uçar ve A.B. Yereli, 'Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak 'Ölçülülük' İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi'. *Maliye Dergisi*, sayı: 176, Ocak- Haziran 2019a, s. 578; Erdem, a.g.e., s. 982; Oğurlu, a.g.e., s. 45; Sağlam, a.g.e., 2002, s. 13.

⁸¹ Oğurlu, a.g.e., s. 45.

özgürlüklerin düzenlendikleri madde içinde sınırlanması esasına uyulmuştur⁸². Bu durumun temel hak ve özgürlükler bakımından “daha az sınırlama” manasına gelmese bile “daha iyi düzenleme” olduğu kabul edilmektedir⁸³.

Hukukumuzda Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklik ile pozitif temele kavuşmuş olan ölçülülük ilkesinin kullanımı, zamanla kanunların Anayasa’ya uygunluğunu denetleyen anayasa yargısı alanını aşmış ve günümüzde hukukun birçok alanında kullanılan bir ilke haline gelmiştir. Bu noktada ölçülülük ilkesinin hukukun farklı alanlarındaki kullanımlarına değinmenin ilkenin esasını kavramak açısından önemli olduğu görüşündeyiz.

1.4. Ölçülülük İlkesinin Türk Hukukundaki Uygulama Alanları

Taraflarının devlet ve birey olduğu ilişkilerde yapısı gereği bir güç eşitsizliği bulunmaktadır. Bu sebeple güçsüz konumda olan bireyin, devlete karşı korunması için birtakım önlemler alınması gerekmektedir. Bu sebeplerle ölçülülük ilkesi özellikle kamu hukuku alanında geniş uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle devletin yasa koyma faaliyetinin ölçülülüğünü denetleyen bir mekanizma olarak anayasa hukukunda ve devletin yürütme faaliyetlerindeki ölçülülüğünü denetlemek için idare hukukunda çok sık başvurulmuş bir ilkedir.

Bunun yanı sıra bireylerin kendi aralarında kurdukları özel hukuk ilişkilerinde tarafların eşit olduğu varsayıldığından ölçülülük ilkesinin uygulanmasına daha dikkatle yaklaşılmaktadır. Bu sebeple geçmişte kamu hukuku kadar eskiye dayanmasa da günümüzde özel hukuk kapsamındaki uygulama alanları her geçen gün artmaktadır. Kamu hukukunda kamu yararı ile bireyin temel hak ve özgürlükler arasında denge kurulması amacıyla kullanılan ölçülülük ilkesi, bireyler arasındaki ilişkide iki değer arasındaki dengenin aracıdır.

⁸² Ceylan, a.g.e., s. 4.

⁸³ Y. Aliefendioğlu, ‘2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 19, 2002, s. 156.

1.4.1. Ölçülülük İlkesinin Kamu Hukukundaki Uygulama Alanları

Devletin doğası gereği bireylerden daha güçlü konumda bulunması, her türlü faaliyetinin ölçülülük ilkesine tabi olmasını zorunlu kılmaktadır. Devletin, değişen toplum yaşamında üstlenmiş olduğu görevlerin artmasının bir sonucu olarak, sorumluluklarını yerine getirebilmesi için yetkileri de artmıştır. Bu yetkilerin kullanımında ve özellikle kendisine tanınan takdir yetkisi söz konusu olduğunda ölçülülük ilkesi büyük önem kazanmaktadır⁸⁴.

Devletin yasama yetkisini hangi sınırlar çerçevesinde kullanabileceği ölçülülük ilkesi doğrultusunda Anayasa'nın 13. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre devlet, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ancak kanun ile ve belli amaçlara ulaşmak için sınırlayabilmektedir. Devletin yürütme ve yargı faaliyetlerinde de ölçülülük ilkesine uyması gerekmektedir.

Devlet, yürütme faaliyetini idareler üzerinden kullanır⁸⁵. Kural olarak idarenin takdir yetkisi denetime tabi değildir, fakat ölçülülük ilkesine aykırılık bu kuralın bir istisnasıdır⁸⁶.

İdare hukukunda, ölçülülük ilkesinin başlıca uygulama alanı, temel hak ve özgürlüklerle yakın ilişkisinden dolayı kolluk faaliyetleridir⁸⁷.

Kolluk, kamu düzenini sağlamayı hedefleyen bir kamu hizmeti faaliyetidir⁸⁸. Devlet, toplumda asayiş sağlamayı, huzur ve güven ortamı yaratmak ve korumak görevlerini yerine getirebilmek için kolluk kuvvetlerine bir takım hak ve yetkiler vermiştir⁸⁹.

İdarenin diğer alanlarının hiçbirinde kolluk faaliyetlerindeki kadar temel hak ve özgürlüklere müdahale, kısıtlama, zor kullanma hatta silah kullanma yetkisi bulunmamaktadır⁹⁰.

⁸⁴ Erdem, a.g.e., s. 973.

⁸⁵ K. Gözler, *Kısa İdare Hukuku*, Ekin Basım, Bursa, 2014, s. 9.

⁸⁶ A. Gerçek, 'Vergi Hukuku Alanındaki Takdir Yetkisinin Kullanılmasında İdarenin Ve Memurun Sorumluluğu'. *Uludağ Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, cilt: 29, sayı: 2, 2010, s. 27.

⁸⁷ Metin, a.g.e., s. 67.

⁸⁸ Gözler, a.g.e., s. 165.

⁸⁹ Z. Kaygusuz, 'Kolluğun Zor Ve Silah Kullanma Uygulamalarında Ölçülülük İlkesi: Bir Model Öneri Olarak GE-EL-OR Ölçü Testi', *Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü*, Ankara, 2016, s. 64.

⁹⁰ Metin, a.g.e., s. 67.

Kolluğun kendisine yasal olarak tanınmış zor kullanma yetkisini hangi durumlarda ve ne şekilde kullanabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 16. maddesinde⁹¹ düzenlenmiştir. Madde metninde bu yetkinin belirli bir ölçüde ve kademeli olarak arttırılabileceği vurgulanmıştır.

Kendisine zor kullanma yetkisi tanınmış kamu görevlisinin, bu yetkiyi görevinin gerektirdiği ölçüyü aşarak kullanması durumunda sorumlu olacağı TCK'nun 256. maddesinde⁹² ayrıca düzenlenmiştir.

Kendisine bahşedilmiş yetkilerin genişliğinden kaynaklı olarak kolluğun yaptırımlarında ölçülülük ilkesinin uygulanması önem kazanmaktadır. Ölçülülük ilkesinin, somut olayın özelliklerine göre her olayda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Örneğin; dur ihtarına uymayarak kaçan kişiye karşı zor kullanılıp kullanılamayacağı sorusunun cevabı somut olayın özelliklerine göre değişkenlik göstermektedir. Kaçan kişinin hakkındaki bilgi, kaçma nedeni, üzerinde bomba veya silah bulunup bulunmaması durumları sonuca direkt etki etmektedir. Ayrıca dur ihtarına uymayan yaya kişiyi durdurmak için bedeni kuvvet yeterli olabilecekken seyir halindeki araç ile dur ihtarına uymayan kişiye karşı yapılacak müdahale farklı olacaktır. Çevredeki diğer araç ve insanlar için tehlike oluşturması ihtimali de değerlendirilecek ve bedeni kuvvet yerine lastiklere ateş etme vs. gibi alternatif bir yol seçilebilecektir⁹³.

Yaya olarak dur ihtarına uymayan kişi ve seyir halindeki araçla dur ihtarına uymayan kişilere karşı, amaç aynı olsa da bu amaca ulaşmak için seçilecek aracın farklılığı, ölçülülük ilkesinin somut olay çerçevesinde değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Burada önemli olan istenilen amaca ulaşmak için en az ve en hafif derecedeki yöntemin seçilmesinin gerekliliğidir.

⁹¹ PVSK madde 16: “Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silah kullanabilir.”. 04.07.1934 tarihli, 2559 sayılı PVSK, RG., cilt:15, sayı: 2751, 14.07.1934, s. 575.

⁹² TCK madde 256: “Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” 26.09.2004 T., 5237 sayılı TCK, RG., cilt:43, sayı: 25611, 12.10.2004.

⁹³ Kaygusuz, a.g.e., s. 207- 208.

Kolluk haricinde idarenin diğer işlemlerinde de ölçülülük ilkesine uyulması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin orantısız bir biçimde sınırlandırılmaması açısından büyük önem taşımaktadır.

Örneğin; toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin amacının ve hakkının nasıl kullanılacağı hususları 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda düzenlenmiştir. Kanuna göre toplantının yapılacağı yerin valilik veya kaymakamlığa haber verilmesi ve mülki amirin güzergahı belirlemesi gerekmektedir. Bu durumda, belirlenen güzergaha uyulmadığı gerekçesiyle toplantının idare tarafından iptal edilmesi, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yol güzergahının ihlali, her zaman kamu düzenini bozmayacağı için idari kararın iptali söz konusu olabilecektir⁹⁴.

Ayrıca disiplin hukukuna ilişkin idari işlemler de ölçülülüğün idare hukukundaki uygulamasına örnek oluşturmaktadır. Özellikle öğrenci işleri ile ilgili verilen disiplin cezalarında, işlenmiş disiplin suçu ve verilen ceza arasında makul bir denge gözetilmektedir. Sebep- sonuç- amaç ilişkisi incelenerek, ölçüsüz olduğu tespit edilen idari işlemler mahkemece iptal edilmektedir⁹⁵.

İdari işlemlerle ilgili verilen yürütmeyi durdurma kararlarında da ölçülülük büyük önem arz etmektedir. Anayasa'nın 125/6. maddesi ile belli durumlarda yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin sınırlanabileceği düzenlenmiştir⁹⁶.

Söz konusu maddeye dayanarak yürütmeyi durdurma kararının verilmesinin sınırlanması yerine belli konulara ilişkin de olsa tamamen kaldırılması, Anayasa madde 13'e ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁹⁷. AYM bir kararında, yürütmeyi durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi durumunun idari yargının yargısal denetim kısıtlanmasına yol açtığını belirtmiştir⁹⁸.

⁹⁴ R. Değirmenci, 'Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz'. *Ombudsman Akademik Dergisi*, cilt: 1, sayı: 2, Temmuz 2015, s. 109-110.

⁹⁵ Metin, a.g.e., s. 66.

⁹⁶ Anayasa md. 125/6: "Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir."

⁹⁷ M. Kasapoğlu Turhan, 'İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması Ve Sınırlandırmanın Sınırları'. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 14, sayı: 2, 2012, s. 34.

⁹⁸ "İtiraz konusu kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idari yargının en güçlü

Sonuçları itibariyle kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakabilecek yaptırımlara sahip olan Ceza hukuku, ölçülülük ilkesine sıklıkla başvurulmuş hukuk alanlarından biridir. Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesi⁹⁹ ile suç işleyen kişiye verilecek cezanın suçun ağırlığı ile orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir.

Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak düzenlenen meşru müdafaa ve zorunluluk halinin geçerliliği, ölçülü olmalarına bağlanmıştır. TCK md. 25'e göre¹⁰⁰, saldırıya uğrayan kişinin gerçekleştirdiği davranışın ancak saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde olması gerekmektedir. Bu madde ile aranan şart, meşru müdafaa ile ölçsüz ve kanunsuz şahsi mücadele arasındaki sınırı belirlemektedir¹⁰¹.

Benzer şekilde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tutuklamayı düzenleyen 100. maddesinde¹⁰² tutuklama nedeninin bulunduğu hallerde, tutuklama kararının verilebilmesi için bu kararın işin önemi ve verilmesi beklenen ceza ile ölçülü olması gerektiği düzenlenmiştir.

Tutuklama ile fiilin arasındaki orantının, tutuklama süreci boyunca da göz önünde tutulması gerektiği şüphesizdir. Başta ölçülülük ilkesinin unsurlarını taşıyan

araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır. Ayrıca, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğuna göre, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 125. Maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen 'İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması' koşullarını etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı ortadan kaldırmakta, 3091 sayılı Yasa'ya göre verilmiş kararlara karşı idari yargıda açılacak davalarda, kişileri bu araçtan yoksun bırakarak hak arama özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır.' AYM, 03.06.2010 tarih, 2008/77 E., 2010/77 K., www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

⁹⁹ TCK md. 3: "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur. Ceza Kanunun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz."

¹⁰⁰ TCK md. 25: "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."

¹⁰¹ Ceylan, a.g.e., s. 24.

¹⁰² Ceza Muhakemesi Kanunu md. 100: "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." 04.12.2004 T., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG., cilt: 44, sayı: 25673, 17.12.2004.

tutuklama, sonradan ölçüsüz hale gelebilir. Örneğin, tutuklulukta geçen süre, verilebilecek cezanın süresinden daha uzun olduğunda, ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olur¹⁰³.

Devletler hukuku alanında ölçülülük ilkesinin başlıca uygulama alanı, ülkelerin kendilerine yapılan saldırılar karşısında meşru müdafaa haklarını kullanırken ortaya çıkmaktadır. Meşru müdafaa hakkı kullanılırken aşırı güç kullanımı yasaktır. Saldırıya uğrayan devletin, saldırıyı bertaraf etmek için yaptığı silahlı eylemler, bahsedilen saldırıyı ortadan kaldırmak ile sınırlı ve orantılı olmalıdır. Zarar ile orantılı olmayan karşılıklar “orantılı karşı tedbir” sayılmamaktadır¹⁰⁴.

Meşru müdafaa hakkını kullanırken orantılılık ilkesine uygun davranılmasının gerekliliği, Uluslararası Adalet Divanı’nın kararlarında açıkça ifade edilmektedir¹⁰⁵.

ABAD, 1970 tarihli Internationale Handelsgesellschaft kararı ile, ölçülülük ilkesinin Alman Hukuku’nun bir ilkesi olarak değil, AB Hukukunun temel bir ilkesi olarak uyguladığını belirtmiş ve bu karar ile ölçülülük ilkesi AB Hukukunun bir ilkesi olarak kabul edilmiştir¹⁰⁶.

Özetle, devletin hem iç işlerinde hem de dış işlerinde tüm organlarının ölçülülük ilkesine uygun davranması, demokratik devletin gereklerindendir.

1.4.2. Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuktaki Uygulama Alanları

Ölçülülük ilkesinin, devlet ve bireyin arasındaki ilişkinin düzenlendiği ve ortaya çıkış alanı olan kamu hukukunda kullanılmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşın bireylerin arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanında kullanılması konusu tartışmalıdır.

Ölçülülük ilkesinin tarafların eşit oldukları varsayımı ile kurulan özel hukuk ilişkilerinde uygulanmasının irade özerkliğini sınırladığını savunan görüşler

¹⁰³ M. Koca, ‘Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının ‘Adli Kontrol Tedbirinin’ Değerlendirilmesi’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 5, sayı: 2, 2003, s. 120.

¹⁰⁴ Oğurlu, a.g.e., s. 30.

¹⁰⁵ Metin, a.g.e., s. 74.

¹⁰⁶ A. A. Bilgin, ‘Divan’ın İkilemi: Temel Haklar Ve Temel Özgürlükler Arasında Denge?’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 13, sayı: 1, 2012, s. 57; Ugan Çatalakaya, a.g.e., s. 102.

bulunmaktadır¹⁰⁷. İlkenin kullanımının kamu hukukunda olduğu kadar net bir dayanağı olmaması ve genellikle “doğruluk ve güven kuralı”nın içinde değerlendirilmesi sebebiyle özel hukuktaki kullanımına ihtiyatlı yaklaşılmaktadır¹⁰⁸. Yine de günümüzde ölçülülük ilkesi özel hukuk ilişkilerinin düzenlendiği birçok alanda yaygın şekilde kullanılmaktadır¹⁰⁹.

Ölçülülük ilkesinin özel hukuk alanında gelişi güzel kullanılması sonucunda anayasa ile güvence altına alınmış olan sözleşme hürriyeti zedelenebileceğinden ilkenin kullanımına ihtiyatlı yaklaşılması yerindedir. Fakat bu çekinceye dayanarak özel hukukta ölçülülük ilkesinin hiç kullanılmaması da yerinde olmayacaktır.

Burada önemli olan ilkeye hangi durumlarda başvurulabileceğinin sınırlarının belirlenmesidir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, ölçülülük ilkesinin özel hukuk ilişkilerinde uygulanabilmesi için taraflardan birinin, diğer taraf karşısında hukuken veya fiilen üstün bir pozisyonda bulunması gerekmektedir¹¹⁰. AİHM de kararlarında ölçülülük ilkesine başvurulması için müdahalenin kaynağının kamu otoritesi olmasının zorunlu olmadığını belirtmekte, gerekçesini ise her türlü hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesinin gerekliliğine dayandırmaktadır¹¹¹.

Türk hukukunda ölçülülük ilkesinin özel hukuktaki kullanımı, anayasa ile düzenlenen temel hakların korunması işlevini yerine getirmesi üzerinden geçerlilik kazanmaktadır¹¹².

Devlet ve birey arasındaki ilişkide kamu yararı ve kişinin temel hak ve özgürlükleri arasındaki makul dengeyi kurma amacına hizmet eden ölçülülük ilkesi, özel hukukta bireylerin arasındaki menfaatleri dengelemekte kullanılmaktadır. Ölçülülük ilkesinin hedefi taraflardan birinin ölçüsüz müdahaleye uğramasını önlemek ve diğer tarafın sahip olduğu yasal hakkı tamamen ortadan kaldırmamaktır¹¹³.

¹⁰⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak, a.g.e., s. 182.

¹⁰⁸ M. Alp, ‘Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk Ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-’. *Yasa Hukuk Dergisi*, cilt: 17, sayı: 205, Ocak 1999, s. 1524.

¹⁰⁹ Oğurlu, a.g.e., s. 26.

¹¹⁰ E. Birben, ‘İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi’, Doktora Tezi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Doktora Tezi, İzmir, 2006, s. 55; Alp, a.g.e., 1999, s. 1519.

¹¹¹ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 60.

¹¹² Birben, a.g.e., s. 47- 50; Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 55.

¹¹³ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 55- 59.

İrade özerkliğinin hakim olduğu sözleşmeler hukuku alanına, herkesin kendi menfaatini en iyi şekilde bilip gözüteceği düşüncesi hakimdir. Tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olduğu durumlarda bu düşünce haklı olmakla birlikte uygulamada tarafların arasında güç dengesizliği olması da yaygın karşılaşılan bir durumdur. Bu durum, arasında güç dengesi bulunmayan tarafların menfaatlerinin sözleşme ile dengelenmesini imkansız hale getirmektedir. Bu noktada başvurulacak ölçülülük ilkesi ile taraf iradeleriyle sağlanamayan denge tahsis edilmeye çalışılmakta ve bu yolla sözleşmenin devamlılığı sağlanmaktadır¹¹⁴.

İlkenin yaygın olarak kullanıldığı özel hukuk alanlarından biri borçlar hukukudur. Borçlar Kanunu'nun 28. maddesi¹¹⁵ ile düzenlenen gabin ile karşılıklı edimler arasında aşırı bir orantısızlık bulunan hallerde zarar gören tarafı korumayı amaçlamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi¹¹⁶ de manevi tazminat hesaplanırken somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulacağı ve duruma uygun bir tazminat tutarına hükmedileceğini düzenlemektedir.

Borçlar Hukuku alanında ölçülülük ilkesinin kullanıldığı bir diğer alan yenilik doğuran haklardır. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişki kurmak, ilişkinin içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek olarak tanımlanmaktadır. Burada taraflardan biri, muhatabı olduğu hakkın kullanılması bakımından söz sahibi olmayıp adeta diğer tarafın iradesine tabi olmaktadır¹¹⁷.

Tek taraflı bir işlem sonucunda başka bir kişinin hukuk alanına direkt müdahalede bulunulmasına olanak sağlayan yenilik doğuran haklar ile ilgili ölçülülük ilkesinin uygulanmamasının ciddi adaletsizliklere yol açacağı şüphesizdir.

¹¹⁴ Birben, a.g.e., s. 33; Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 58.

¹¹⁵ TBK md. 28: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.” 11.01.2011 T., 6098 sayılı TBK, RG, , cilt: 50, sayı: 27836, 04.02.2011.

¹¹⁶ TBK md. 56: “Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.”

¹¹⁷ Birben, a.g.e., s. 58.

Örneğin, yenilik doğuran haklardan olan ve karşılıklı taahhüt içeren sözleşmelerde borcun ifa edilmediği veya ifanın teklif edilmediği hallerde öne sürülebilecek olan ödemezlik def'i, ölçülülük ilkesi ile sınırlandırılmaktadır¹¹⁸. Bu sınırlamaya göre, asıl borcun az bir kısmının ödenmediği veya yan borcun ödenmediği durumlarda, ödemezlik def'inin bahane edilerek borcun ifasından kaçılması orantısızdır¹¹⁹.

Ticaret hukukunda, anonim ve limited şirketlerin sermaye artırımına her ortağın kendi payı oranında katılması ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır¹²⁰.

Şirket ortaklarından birinin şirketin haklı nedenle feshini dava etmesi halini düzenleyen TTK madde 636'nın 3. fıkrasında¹²¹, davacı ortağın payının gerçek değerinin ödenmesi ve davacı ortağın şirketten çıkarılması alternatif yolları öngörülmüştür. Feshin sonucunun ağırlığı dikkate alınarak, ortağın amacına başka bir yolla ulaşmasının mümkün olduğu hallerde şirketin feshine karar verilmemesine hükmeden bu düzenlemenin sebebi yine ölçülülük ilkesidir¹²².

Anonim şirket ortaklarının şirkete karşı sadakat yükümlülükleri ve rüçhan hakkının sınırlandırılması konularında ölçülülük ilkesine dikkat edilmektedir. Yönetim kurulu, pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisini kullanırken birtakım kriterlere uygun davranmak durumundadır. Bu kriterler arasında "gereklilik"ten söz edilmekte ve "haklara en az zarar verilerek kullanılması" gerektiği ifade edilmektedir. Pay sahiplerinin hakları, hedeflenen amacın gerektirdiğinden daha fazla sınırlanmışsa, ölçülülük ilkesine aykırılık olduğu kabul edilmektedir¹²³.

İcra iflas hukukunda, borçlunun malvarlığı haczedilirken borca yetecek kadar malın haczedilmesi ve daha fazlasına dokunulmaması gerektiği kuralı ölçülülük ilkesi ile ilişkilidir¹²⁴.

¹¹⁸ Oğurlu, a.g.e., s. 27.

¹¹⁹ Alp, a.g.e., 1999, s. 1526.

¹²⁰ Ceylan, a.g.e., s. 28.

¹²¹ TTK md. 636/3: "*Haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemedен şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.*" 13.01.2011 T., 6102 sayılı TTK, RG., cilt: 50, sayı: 27846, 14.02.2011.

¹²² Birben, a.g.e., s. 61.

¹²³ Oğurlu, a.g.e., s. 27- 28.

¹²⁴ M. Sungurtekin Özkan, 'İcra Hukukunda Oranlılık (Ölçülülük İlkesi)'. *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, Prof. Dr. Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 179.

İİK 83.¹²⁵ ile, yapılacak haczin “borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra” yapılabileceği düzenlenmiştir. Burada alacaklının mülkiyet hakkı ile borçlunun kendisi ve ailesinin geçimini sağlama yönündeki menfaati karşı karşıya gelmekte, bu karşılaşmada adil ve ölçülü bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrası ile, haczedilecek tutarın dörtte birden az olamayacağı düzenlenerek, ilk fıkra ile icra memuruna verilen takdir yetkisine bir sınır çizilmiştir.

Benzer bir düzenleme, İş Kanunumuzun 35. maddesinde¹²⁶ de bulunmaktadır. Bu maddeye göre, işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilememektedir. Aldığı ücret, işçinin mevcudiyetinin temelini teşkil ettiğinden, geçimi için zaruri olan kısma müdahale edilmemektedir. Burada işçinin olduğu kadar kamunun da yararı bulunmaktadır¹²⁷.

İş hukuku alanında, işverenin işçiden daha güçlü konumda bulunduğu şüphesizdir. Ölçülülük ilkesi, aşağıda detayları ile açıklanacağı üzere iş sözleşmesinin birçok aşamasında uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle işverenin fesih hakkını kullandığı durumda, işverenin sözleşmesel özgürlüğü ile işçinin çalışma hürriyeti karşı karşıya geldiğinden ölçülülük ilkesinin uygulanması ile taraflar arasındaki güç dengesizliğinden kaynaklı adaletsizliklerin önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

¹²⁵ İİK md. 83: “Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir. Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz. Birden fazla haciz var ise sıraya konur. Sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez.” 09.06.1932 T., 2004 sayılı İİK, RG., cilt: 13, sayı: 2128, 19.06.1932, s. 426.

¹²⁶ İşK md. 35: “İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır.” 22.05.2003 T., 4857 sayılı İş Kanunu, RG., cilt: 42, sayı: 25134, 10.06.2003.

¹²⁷ Sungurtekin Özkan, a.g.e., s. 198.

2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI VE İŞ HUKUKUNDAKİ (FESİH DIŞI) UYGULAMA ALANLARI

Ölçülülük ilkesinin üç alt unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle ölçülülük ilkesinin unsurları ele alınmış ve somut olaylarda denetimin nasıl yapıldığı ortaya konmuştur. İlkenin alt unsurlarının açıklanmasını takiben ölçülülüğün iş sözleşmesi görüşmesi ve iş sözleşmesinin devam etmesi aşamalarında uygulama alanı bulduğu haller üzerinde durulmuştur.

2.1. Ölçülülük İlkesinin Alt Unsurları

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden meydana geldiğini belirtmektedir. Ölçülülük ilkesi, sınırlama aracının amacı gerçekleştirmeye uygun olması anlamına gelen elverişlilik; sınırlama aracının amaca ulaşma bakımından zorunlu olmasına işaret eden gereklilik; ve araç ile amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmamasını denetleyerek sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini sağlayan orantılılık unsurlarını içermektedir.

2.1.1. Elverişlilik Unsuru

Ölçülülük denetimi yapılırken, mahkeme tarafından incelenen alt unsurlardan ilki elverişliliktir. Elverişli kelimesi, Türk Dil Kurumu'na¹²⁸ “*uygun olan, işe yarayan*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirdiğimizde anlaşılması gereken; hedeflenen amaca erişmek için başvurulacak aracın (işlemin, tedbirin), bahsedilen amacı gerçekleştirmeye uygunluğudur.

Bireylerin hak ve özgürlüklerini sınırlayan devlet tedbirleri ile güdülen somut amaç, kamu yararıdır. Bu sebeple, yasa ile öngörülen araçların, yasa koyucunun hedeflediği amaca ulaşmak için kullanılabilir yani elverişli olması gerekmektedir¹²⁹.

¹²⁸ www.sozluk.gov.tr, E.T: 18.08.2024.

¹²⁹ Metin, a.g.e., s. 26.

Elverişlilik unsurunun uygulanması ile hedeflenen, sonucu itibariyle bireyin hak ve özgürlüğünü sınırlayan aracın, ulaşılmak istenen amaç bakımından elverişli olmasıdır. Sınırlamada kullanılan araç, hedeflenen amaca ulaşmak bakımından etkisiz ise, ya da amaca ulaşmayı zorlaştırıyorsa, başvuru aracın elverişsiz olduğu kabul edilmektedir¹³⁰.

Elverişlilik denetiminde, hak ve özgürlüğü sınırlamak için başvuru aracın, hedeflenen amacı tek başına gerçekleştirmesi aranmamaktadır. Bu bağlamda, aracın, amacı kısmen gerçekleştirmeye elverişli olması, elverişlilik ilkesi bakımından yeterli sayılmaktadır¹³¹.

Elverişlilik ilkesi ile, yasa koyucunun her durumda en optimal aracı kullanması zorunlu kılınmamaktadır. Kullanılan aracın, başlangıçta hedeflenen amacı soyut düzeyde gerçekleştirmesi, aracın elverişli sayılmasına yetmektedir. Özetle; başvuru araç yardımıyla hedeflenen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişlidir. Fakat kullanılan araç, hedeflenen amacı gerçekleştirmeyi zorlaştırıyor ya da bu konuda herhangi bir katkı sağlamıyorsa araç elverişsizdir¹³².

Başvuru aracın, hedeflenen amacı sağlamakta ne kadar elverişli olduğunun önceden tespit edilmesi oldukça zordur. Bu nedenle, elverişlilik denetiminde, söz konusu araca başvuru anda yapılmış olan tahmini değerlendirme esas alınmaktadır¹³³. Somut olayda karar verilirken başvuru andaki tahmini değerlendirmeye bakıldığı için, ancak aracın amaca uymadığı hiçbir şüphe olmayacak şekilde tespit edilebildiğinde elverişlilik ilkesine aykırılığa hükmedilmektedir. Bu durum elverişlilik ilkesine aykırılığın tespit edilmesini zorlaştırmaktadır¹³⁴.

Örneğin; yasa koyucunun, bireyleri caydırmayı hedefleyerek uyguladığı bir idari yaptırımın bireyleri caydırmaya yetmediği noktada, yaptırım, amacı gerçekleştirmek açısından elverişsiz olacaktır¹³⁵.

¹³⁰ Oğurlu a.g.e. s. 36; Metin, a.g.e., s. 26.

¹³¹ Sağlam, a.g.e., 1982, s. 114; Metin, a.g.e., s. 27; Kılıçoğlu ve Şenocak, a.g.e., s. 186.

¹³² Birben, a.g.e., s. 6.

¹³³ Metin, a.g.e., s. 28; Alp, a.g.e., 1999, s. 1521; Birben, a.g.e., s. 6.

¹³⁴ Alp, a.g.e., 1999, s. 1522.

¹³⁵ Oğurlu, a.g.e., s. 36.

Bir başka örnekte; yıkılmak üzere olan bir binanın, sadece çatısının yeniden yapılması yönündeki bir idari karar, bina ve çevresindekileri koruma amacı ile verilmiş ise, amacı gerçekleştirmek açısından elverişsiz bir araçtır. Zira, binanın yalnızca çatısı değil, tamamı bir tehlike oluşturmaktadır¹³⁶.

Anayasa Mahkemesi, kararları uyarınca elverişlilik ilkesini “sınırlama için kullanılan aracın/ öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olması” şeklinde tanımlamaktadır¹³⁷.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında¹³⁸, elverişlilik ilkesini Anayasa’ya uygunluk denetiminde açıkça kullanmıştır.

Kararda, 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun bazı maddelerinin Anayasa’ya uygunluğu denetlenmiştir. Kanun’un m. 9/2 (a) hükmü uyarınca, bir işçi sendikasının Türkiye çapında faaliyet gösterebilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3’ünü temsil etmesi gerekmektedir. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi’nce sendikaların serbestçe kurulması hakkının özüne dokunan bir sınırlama olduğu ve getirilen sınırlamanın hedeflenen amacı gerçekleştirmek için elverişli olmadığı gerekçeleriyle iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu madde ile getirilen sınırlamanın, hedeflenen amacı gerçekleştirme bakımından elverişsizliğini “Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.”¹³⁹ ifadeleriyle vurgulamıştır.

¹³⁶ Metin, a.g.e., s. 60.

¹³⁷ AYM 2011/111 E., 2012/56 K., 11.04.2012 tarihli kararı; AYM 2013/66 E., 2014/19 K., 29.01.2014 tarihli kararı; 2016/16 E., 2016/37 K., 05.05.2016 tarihli kararı; AYM 2014/176 E., 2015/53 K., 27.05.2015 tarihli kararı; AYM 2016/13 E., 2016/127 K., 22.06.2016 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.07.2024.

¹³⁸ AYM 1970/48 E., 1972/3 K., 09.02.1972 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.07.2024

¹³⁹ “(...) 9uncu maddenin 2 sayılı bendinin (a) fıkrası kuralı ilk bakışta sendikanın kurulmasına ilişkin bir kural olmayıp işçi sendikasının Türkiye çapında görev yapabilmesi için konulmuş bir kuraldır. Bu kurala göre belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3’ünü üye olarak kendisine toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklanmaktadır. (...) Türkiye çapında çalışma olanağı sağlanmayan sendika, Yasanın aradığı 1/3 sigortalı işçi sayısını üye

Elverişlilik ilkesinin, iş hukukundaki denetimini, işverenin fesih hakkını kullanması bakımından somutlaştırmak mümkündür. Burada öncelikle işverenin fesih hakkını kullanması ile ulaşmak istediği amacın tespit edilmesi gerekir. Örneğin, işletmesel sebeple fesih hakkını kullanan işveren, işletmenin mevcut personel sayısını, iktisadilik ve verimlilik bakımından işletmenin personel ihtiyacına uyumlulaştırmayı hedeflemektedir. Bu kapsamda, işverenin, siparişlerde ve ciroda meydana gelen azalmaya karşın işyerinde çalışan işçi sayısının aynı kalmasının yarattığı ekonomik yükten kurtulmayı amaçlayarak yaptığı fesih, elverişli sayılacaktır¹⁴⁰.

2.1.2. Gereklilik Unsuru

Ölçülülük denetimi yapılırken mahkemenin ikinci olarak incelediği ilke gerekliliktir. Türk Dil Kurumu'na¹⁴¹ gereklilik, “gerekli olma durumu, zorunluluk” olarak tanımlanmaktadır. Yani sınırlamayla öngörülen amaca ulaşmak için başvuru yöntemin kullanımının zorunlu olması aranmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, gereklilik ilkesini bir kararında “Sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan zorunluluk/gereklilik”¹⁴² olarak ifade etmiş; bir başka kararında ise ilkeyi “Sınırlayıcı önlemin

yazma koşulunu gerçekleştiremeyecektir ve böylece tartışma konusu koşul yüzünden, Türkiye çapında çalışan sendikalar kurulması önlenmiş olacaktır. Bir temel hakkın kullanılması olanağını kaldıran veya bu hakkın kullanılmasını olağanüstü güçleştiren sınırlamalar, Anayasa'nın değişik 11nci maddesi uyarınca o hakkın özüne dokunuyor demektir; bundan ötürü buradaki kural, sendikaların serbestçe kurulması özgürlüğünü tanıyan Anayasa'nın 46ncı maddesine aykırıdır ve bu bakımdan iptali gerekir. (...) Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasamızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasanın başlangıç kuralları ile 2nci ve 153üncü maddeleri kurallarına aykırıdır. (...) Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yaratma olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdır. Oysa tartışma konusu olan Yasanın 9/2nci maddesi yukarıda anılan ilkelere aykırı bir düzen getirmektedir ve bu nedenlerle Anayasaya uygunluğu savunulamaz.”

¹⁴⁰ Kılıçoğlu ve Şenocak, a.g.e., s. 188.

¹⁴¹ www.sozluk.gov.tr, E.T: 18.08.2024.

¹⁴² AYM 1988/50 E., 1989/27 K., 23.06.1989 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk”¹⁴³ şeklinde tanımlamıştır.

Bahsedilen zorunluluğu hukuki bağlamda değerlendirdiğimizde, elverişli olduğu tespit edilen birden çok araç içinden en yumuşak olanın seçilmesi anlaşılmaktadır. Burada elverişlilik denetiminden farklı olarak, elverişli olduğu tespit edilmiş araçların arasında bir mukayese yapılması söz konusudur.

Bu sebeple, gereklilik denetiminin yapılması, hedeflenen amaca ulaşmak için birçok (en azından iki) elverişli aracın var olmasına bağlıdır. Gereklilik denetimi ile hedeflenen, amaca ulaşmada aynı derecede elverişli araçların arasından, bireyin hak ve özgürlüklerine en az müdahalede bulunan aracın seçilmesini sağlamaktır. Daha az sınırlayıcı bir araç ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, kullanılan araç gereksiz kabul edilmektedir¹⁴⁴.

Elverişlilik denetiminde, amaç- araç arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir nitelik ilişkisi değerlendirilirken; gereklilik denetiminde aynı niteliğe sahip araçlar arasında seçim yapılmasını sağlayan bir nicelik ilişkisi bulunmaktadır¹⁴⁵.

Elverişlilik ilkesinin uygulamasında, ulaşılmak istenen amacın tayininde belli bir serbestlik tanınmasına karşın gereklilik denetiminde ancak elverişli araçlar arasından seçim yapma hakkı öngörülmekte ve bahsedilen araçlardan en yumuşak olanının seçilmesi beklenmektedir.

Gereklilik ilkesi ile amaçlanan, bireyin hak ve özgürlüklerine müdahalenin en uygun ve en yumuşak araçla yapılmasını sağlamaktır¹⁴⁶.

Gereklilik ilkesinin uygulanması için her durum özelinde somut değerlendirme yapılması gerektiği muhakkaktır. Yapılacak değerlendirmede; elverişli sayılan araçların hangi durumlarda eşit etkiye sahip olduğu, hangi durumlarda hangi aracın daha yumuşak sayılacağı hususları somut olayın özellikleri çerçevesinde ayrı ayrı incelenecektir¹⁴⁷. Gereklilik ilkesi, hedeflenen amaca erişmek için yeterli olan en hafif

¹⁴³ AYM 2007/7 E., 2007/81 K., 18.10.2007 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

¹⁴⁴ Metin, a.g.e. s. 30.

¹⁴⁵ Uçar ve Yereli, a.g.e., 2019a, s. 580.

¹⁴⁶ Rumpf, a.g.e., s. 30.

¹⁴⁷ Sağlam, a.g.e., 1982, s. 115.

tedbirin alınmasını, bu tedbirin yeterli olmaması durumunda daha ağır tedbirlere doğru aşamalı bir geçiş yapılmasını zorunlu kılmaktadır¹⁴⁸.

Bu sebeple, gereklilik denetiminin, zor ve silah kullanma gibi temel hak ve özgürlüklere direkt müdahale eden uygulamalar bakımından bir ön şart- ön denetim olması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁹.

Gereklilik alt ilkesi, öngördüğü zorunluluk ile hem üçüncü kişilerin hukuk alanına yapılacak müdahalenin temelini oluşturmakta, hem de üçüncü kişileri gereksiz müdahalelere karşı korumaktadır¹⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi 1999 tarihli bir kararında¹⁵¹, özgürlüklerin ancak zorunlu oldukları ölçüde sınırlandırılabilirliğini ve bu sınırlamanın, güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmasının demokratik bir toplumda düşünülemeyeceğini açıkça ifade etmiştir.

Gereklilik ilkesinin denetiminde, müdahalenin maddi koşulları incelenerek; yer, zaman ve kişi özelinde gereken ölçüyü aşp aşmadığı kontrol edilir. Örneğin; hormon tedavisi görmüş hayvanların ihraç edilmesi mümkünken hayvanların öldürülmesini öngören genelge ölçüsüz kabul edilecektir¹⁵². Burada aynı amaca ulaşmayı sağlayacak daha hafif bir aracın bulunduğu açıktır.

Aynı şekilde, havlayan bir köpekten rahatsız olunması durumunda; köpeğin öldürülmesi ile amaca ulaşmak mümkün olduğu için bu araç elverişli sayılabilir. Ancak köpeğin bodrum kattaki bir kömürlükte tutulması ile de ulaşılabilecek bu amaç

¹⁴⁸ Metin, a.g.e., s. 31.

¹⁴⁹ Kaygusuz, a.g.e., s. 62 vd.

¹⁵⁰ Birben, a.g.e., s. 80.

¹⁵¹ “Çağdaş demokrasiler; temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler; ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.” AYM, 1999/33 E., 199/51 K., 29.12.1999 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

¹⁵² Metin, a.g.e., s. 61.

için köpeğin öldürülmesi aracının seçilmesinin gereklilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği şüphesizdir¹⁵³.

Gereklilik alt ilkesinin, iş hukukundaki en yaygın kullanım alanı feshin son çare olması ilkesidir. Sonuçları bakımından işçi aleyhine ciddi sonuçlar doğuran feshin, gereklilik ilkesine uygun ve dolayısıyla ölçülü kabul edilebilmesi için hedeflenen amaca ulaşmak için başvurulabilecek fesih harici hiçbir yol kalmamış olması gerekmektedir. Fakat feshe oranla daha hafif olan tedbir ile, işverenin hedeflediği amaca ulaşmak mümkün değil ise, bu tedbir elverişli olmayacağından gerekli de olmayacaktır¹⁵⁴.

2.1.3. Orantılılık Unsuru

Ölçülülük denetimi yapılırken en son basamak olarak orantılılık ilkesine uygunluk değerlendirilmektedir. Türk Dil Kurumu'na¹⁵⁵ orantı, “bir şeyi oluşturan parçaların kendi aralarında ve parçalarla bütün arasında bulunan uygunluk, oran” olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında orantılılık ilkesini “amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen”¹⁵⁶ bir ilke olarak tanımlamıştır.

Orantılılık denetiminde, elverişli ve gerekli olduğu tespit edilmiş olan sınırlamanın, sınırlamaya bağlı olarak ortaya çıkan zarar ile arasındaki oran incelenmektedir. Müdahalenin ağırlığı ile meydana gelen sonucun değeri arasında bir orantısızlık olup olmadığının tespiti ve bu bağlamda müdahaleden vazgeçmenin gerekliliği hususu denetim aşamasında, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Elverişlilik ve gereklilik ilkelerinin denetiminde objektif bir amaç- araç denetimi yapılmakta iken orantılılık denetiminde somut duruma ilgililer açısından sübjektif olarak yaklaşılır ve karşı karşıya gelen değerler kapsamında amacın ölçülülüğü sorgulanır. Yapılan sorgulama sonunda, müdahalenin amacı ile

¹⁵³ Metin, a.g.e., s. 32.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu ve Şenocak, a.g.e., s. 189.

¹⁵⁵ www.sozluk.gov.tr, E.T: 18.08.2024.

¹⁵⁶ AYM 2007/4 E., 2007/81 K., 18.10.2007 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.08.2024.

sonucu arasında nitelikli bir dengesizlik tespit edilirse, müdahale orantısız kabul edilir¹⁵⁷.

Birbiriyle çatışan haklar arasında uzlaşma ancak somut durumda korunan değerleri öne çıkararak sağlanabilir¹⁵⁸. Orantılılık denetiminde, somut olaya, olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak yaklaşıp sübjektif bir değerlendirme yapıldığı için bu alt ilkeye doktrinde sıklıkla “dar anlamda ölçülülük” denetimi de denmektedir.

Bazı yazarlar, orantılılık alt ilkesinin, ölçülülük denetiminin en kritik ve önemli basamağı olduğunu savunmaktadır¹⁵⁹.

Anayasa ve idare hukuku bağlamında orantılılık ilkesi ile kurulmaya çalışılan dengenin bir tarafında, gücünü kamu yararından alan yasama veya yürütme tedbiri, diğer tarafında ise alınan tedbirin hak ve özgürlükler üzerinde yarattığı olumsuz etki bulunmaktadır. Çatışan menfaatler arasındaki dengenin kurulması, ancak orantılılık ilkesi ile mümkün olmaktadır. Başvurulan tedbirin ağırlığı ile tedbiri meşrulaştıran nedenin önemi ve zorunluluğu arasında kurulan denge, “katlanılabilirlik” sınırının korunmuş olmasına bağlıdır. Katlanılabilirlik kriteri, orantılılık ilkesinin somutlaştırılmasına yardımcı olmaktadır¹⁶⁰.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesine dayandığı kararlarında, müdahalenin ilgililere “ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi” ve onlar açısından durumun “katlanılamaz olmaması” kriterlerine yer vermektedir¹⁶¹.

Katlanılabilirlik, başvuru tedbirin sonucu ile bireye yüklenen yükümlülüğün, tahammül edilemez boyuta ulaşmaması gerektiğini ifade etmektedir. Kullanılan aracın meydana getirdiği kişisel kayıp ile müdahale sayesinde hedeflenen toplumsal yarar arasında makul bir denge bulunması gerekmektedir. Söz konusu

¹⁵⁷ Metin, a.g.e., s. 37.

¹⁵⁸ İ. Kaboğlu, ‘Hak Ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 11, 1994, 237- 252, s.250.

¹⁵⁹ S. Tsakyrakis, ‘Proportionality: An Assault On Human Rights? A Rejoinder To Madhav Khosla’. *International Journal Of Constitutional Law*, volume: 8, issue: 2, April 2010, 307-310, s. 308.

¹⁶⁰ Metin, a.g.e., s. 38.

¹⁶¹ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 76.

denge'nin mevcut olmadığı durumlarda, başvuru alan aracın orantılılık alt ilkesine aykırı olduğuna hükmedilmektedir¹⁶².

Orantılılık denetimi yapılırken, iki değişkenin birbiri ile olan ilişkisi dikkate alınmakta ve bu yolla nispi bir ölçüt sağlanmaktadır¹⁶³.

Çatışan hak ve özgürlükler arasında denge kurulurken ancak somut durumun aciliyet, ihtiyaç vb. özellikleri değerlendirmeye alındığında hakkaniyetli bir sonuca ulaşılabilir¹⁶⁴.

Orantılılık ilkesinin yapısından dolayı sınırlarını somut olarak belirlemek mümkün değildir. Orantılılık ilkesi, her olayda başvurulabilecek standart değerler içermemekte, aksine içi, somut olayın değerleri ile doldurulması gereken boş bir şablon oluşturmaktadır¹⁶⁵.

Bu sebeple yapılan yargısal denetimde, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak çatışan menfaatlerin arasında bir denge kurmaya çalışılmaktadır. Amaç ve araç arasındaki orantılılık denetiminde, hukuk alanının dışında kalan kar-zarar (fayda- maliyet) arasındaki denge dikkate alınır. Ortaya çıkan maliyetin, beklenen faydadan daha fazla olduğu halde, başvuru alan araç orantısız sayılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 2001 tarihli bir kararında¹⁶⁶ açıkça orantılılık denetimi yapmıştır. AYM söz konusu kararında, 4447 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen geçici 81. maddenin b bendine ilişkin iptal istemini değerlendirmiştir.

İptal istemine konu madde ile, sigortalıların emekliliğe hak kazanmasına dair sigortalılık süresi, yaş ve ödenecek prim miktarı konularında düzenleme yapılmakta idi. Bu düzenleme mahkemece anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde, düzenleme ile getirilen külfet ve ulaşılmak istenen amaç arasında adil, makul ve ölçülü bir denge bulunmadığı vurgulanmıştır. Bir gün daha erken ya da daha

¹⁶² Uçar ve Yereli, a.g.e., 2019a, s. 584.

¹⁶³ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 76; Sağlam, a.g.e., 1982, s. 116; Birben, a.g.e., s. 8.

¹⁶⁴ A. L. Bendor ve T. Sela, 'How Proportional Is Proportionality?'. *International Journal Of Constitutional Law*, volume: 13, issue: 2, April 2015, 530- 544, s. 537.

¹⁶⁵ Birben, a.g.e., s. 81.

¹⁶⁶ AYM, 1999/2 E., 2001/41 K., 23.02.2001 tarihli kararı, www.anayasa.gov.tr, E.T: 12.06.2024.

geç sigortalı olmanın doğurduğu sonuçların ağırlığı karşısında anayasaya aykırı bulunan düzenleme, iptal edilmiştir¹⁶⁷.

Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarının incelenmesini takiben, ilkenin iş hukuku içerisindeki uygulama alanları tespit edilmiştir. İş sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşen iş görüşmesi süreci ve sözleşmenin kurulmasından sona ermesi haline kadar devam eden iş ilişkisi çerçevesinde ölçülülük ilkesinin uygulandığı durumlar çalışmamızın bu bölümünün konusunu oluşturmaktadır.

2.2. İş Hukuku Kapsamında Ölçülülük İlkesinin Uygulama Alanları

İş sözleşmesinin yapısı gereği işveren ile işçi veya aday işçi arasında, menfaatlerin karşı karşıya gelip çatışacağı sayısız olasılık mevcuttur. Tarafların arasındaki güç dengesizliği nedeniyle işçi ve aday işçinin menfaatlerini ve kişilik haklarına yapılacak müdahalenin ölçülü olması önem taşımaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde, sözleşme görüşmelerinde ve sözleşmenin devam ettiği süre boyunca taraflar arasında yaşanabilecek menfaat çatışmalarına değinilmiş ve ölçülülük ilkesinin nasıl uygulanacağı tartışılmıştır. Bu noktada belirtmek isteriz ki, yaşanabilecek menfaat çatışmaları sınırlı sayıda değildir. Bu sebeple amacımız yaşanabilecek bütün ihtimalleri tek tek saymaya çalışmak değil aksine çatışan menfaatlerin çatıştıkları her koşulda dengelenmeleri için başvurulabilecek kıstasların tespit edilip ortaya konulmasıdır.

¹⁶⁷Anayasa Mahkemesine göre “Aynı işyerinde aynı tarihte işe başlayan ve 14 yıl birlikte çalışan iki erkek sigortalıdan birisinin 18 yıl öncesine ait bir günlük sigortalılığı olması durumunda 43 yaşında, diğeri ise ancak 56 yaşında emekli olabilecektir. Ya da 20 yıl sürekli çalışmış 7200 gün prim ödemiş bir sigortalı 50 yaşında emekli olabilecek iken, 23 yıl sigortalılık süresi olan ancak 14 yıl çalışmış bir sigortalı 43 yaşında emekli olabilecektir. Sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelendirmeler arasında adil olmayan geçişler yapılmıştır. (...) Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı yarımını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur. Sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda (B) bendinde yapılan kademeli geçişe ilişkin düzenleme, makul, adil ve ölçülü olmadığından Anayasa’nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır.”

İş sözleşmesinin sona ermesi safhasında işveren ve işçinin menfaat çatışmasında ölçülülük ilkesinin nasıl uygulanacağı, çalışmamızın üçüncü bölümünü oluşturduğu için bu başlıkta değerlendirilmemiştir.

2.2.1. İş Sözleşmesi Görüşmelerinde Ölçülülük İlkesinin Uygulama

Alanları

İşverenin, işe yeni bir işçi alım sürecinde öncelikle işin gerektirdiği nitelik ve özelliklere sahip olan işçiyi tercih etmesi doğaldır. İş görüşmesi neticesinde işe alınan işçinin, işi yapabilecek nitelikte olması, diğer işçilere uyum sağlayabilecek olması gibi faktörler işverenin seçiminde etkili olmaktadır¹⁶⁸.

İşverenin sözleşme özgürlüğü kapsamında, kendisi için en yüksek verimi sağlayacak işçi ile çalışmak istemesinin ekonomik nedenleri bulunmaktadır. İşe alınmış bir işçinin iş sözleşmesini sona erdirmenin, ödenecek kıdem ve ihbar tazminatları bakımından bazı maliyetleri bulunmaktadır¹⁶⁹. Bu sebeple, işverenin isabetli bir karar verebilmek adına aday işçi hakkında bazı bilgileri toplama hakkı, sözleşme özgürlüğünün bir yansımasıdır¹⁷⁰.

İşveren ile aday işçi arasında yapılan iş görüşmesi sırasında henüz aralarında kurulmuş bir iş ilişkisi bulunmamaktadır. Buna karşın işverenin görüşme sırasında dahi işçiden daha güçlü bir konumda bulunduğu açıktır. Tarafların arasındaki güç dengesizliği, işverenin bilgi edinme hakkını kullanırken ölçülülük çerçevesinde bazı sınırlara tabi olmasını zorunlu kılmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinde, işverenin bilgi edinme konusundaki menfaati ile işçinin kişilik hakları karşı karşıya gelmektedir. Aday işçinin kişilik hakkının korunması yönündeki menfaatinin karşısında işverenin, işyeri için en verimli kişiyi istihdam etmekteki ekonomik menfaati bulunmaktadır.

¹⁶⁸ H. Keser, '4857 sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar'. *Kamu-İş*, cilt: 7, sayı: 3, 2004, s. 28.

¹⁶⁹ Gürkan, E.S. 'Türk Hukukunda İşverenin İşe Alım Görüşmelerinde Aday İşçiye Soru Sorma Hakkının Sınırları'. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 16, sayı: 1, 2017, 111- 149, s. 112.

¹⁷⁰ Z. Adal, 'İnsan Kaynakları Yönetiminde İşgören Seçiminin Hukuki Boyutu'. *Beykoz Akademi Dergisi*, cilt: 4, sayı: 1, 2016, 72- 88, s. 74.

İşverenin aday işçi hakkındaki bilgi edinme hakkının sınırı genel olarak, TMK m.2'de¹⁷¹ düzenlenen dürüstlük kuralı ile belirlenmektedir.

Bu çerçevede, işverenin bilgi edinme menfaatinin üstün gelebilmesi için objektif bir haklılığa dayanması gerektiği kabul edilmektedir. Somutlaştıracak olursak; işverenin bilgi edinme hakkı kapsamında sorduğu sorular, aday işçinin mesleki bilgisini ölçmeye yarayan konularda olduğunda ölçülülük sınırları içinde kabul edilmektedir¹⁷².

Bu noktada sorulan soruların işin mahiyeti ile olan ilişkisi, işverenin ekonomik menfaatine ne derece hizmet ettiği ve aday işçinin kişilik haklarına ne derecede bir ihlalde bulunduğu hususlarının cevapları, ölçülülük denetiminin sınırlarını oluşturmaktadır.

Görüşmeye başlanılan sözleşme daha sonrasında kurulmamış dahi olsa, görüşmeye başlayan tarafların birbirine karşı özen ve koruma yükümlülüğü doğmaktadır. Tarafların birbirine özen göstermesi, aydınlatması ve koruması gerekmektedir. Aksi halde tarafların birbirlerinden kusura dayalı tazminat (culpa in contrahendo sorumluluk kapsamında) talep etmesi söz konusu olabilecektir¹⁷³.

İşçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğinin bir sonucu olarak, iş görüşmesinde aday işçi kendisini, kişilik haklarını ihlal eden bir soruya cevap vermek zorunda hissedebilmektedir. İşçi, kişilik hakkını ihlal eden bir soruyu cevapsız bıraktığında ve bu sebeple sözleşmesi feshedildiğinde, belli koşulları sağlaması halinde işe geri dönme imkanına sahiptir. Fakat bu imkan aday işçi için bulunmamaktadır¹⁷⁴.

¹⁷¹ TMK md. 2: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”, 22.11.2001 T., 4721 sayılı TMK, RG., cilt: 41, sayı: 24607, 08.12.2001.

¹⁷² Aydın, İ. ‘İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler Ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi’. *Türk Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenler Sendikası Dergisi*, cilt: 46, Kasım 2005, 21-42, s. 29.

¹⁷³ Yürekli, S. ‘İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)’. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt: 72, sayı: 2, 541-579, 2014, s. 545.

¹⁷⁴ Uncular, S. *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 189.

Eğer işveren, aday işçinin kişilik haklarını, temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir soruya cevap vermemesi veya test, muayene vb. bir uygulamayı kabul etmemesi nedeniyle iş görüşmesini keserse, aday işçi tazminat talep edebilecektir¹⁷⁵.

Kişisel verilerin korunması bakımından aday işçinin sahip olduğu hak, işçinin sahip olduğu haktan farklı değildir. Çünkü gerek iş görüşmesi aşamasındaki aday işçinin gerekse iş sözleşmesi devam eden işçinin zarar gören menfaatleri aynıdır¹⁷⁶. Bu sebeple, kişisel verilerin işlenmesinin esaslarından olan ölçülülük ilkesi, sözleşme görüşmelerinde de uygulama alanı bulmaktadır¹⁷⁷.

Verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi ve ilgili mevzuatta öngörülen ve işlendiği amaç için gerekli olan süre kadar saklanması gerekmesi, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken genel ilkelerdir.

Kişisel verilerin işlenmesinin ölçülülüğü, yalnızca iş sözleşmesi için gerekli verilerin elde edilmesi ve işlenmesi ile mümkün olmaktadır. Bu halde dahi işverenin, aday işçinin kişilik haklarını asgari düzeyde ihlal etme yönünde çaba göstermesi gerekmektedir. Aday işçi hakkında edinilen bilgilerin, başvurulacak iş için uygun niteliklere sahip olup olmadığının değerlendirilmesine yönelik olması aranmaktadır. Bu amacı aşan her veri edinme çabası, aday işçinin kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁸.

Bu noktada soruyu yöneltme üslubu da önem kazanmaktadır. Sorunun aday işçiyi rencide edecek ve istihdam amacının dışında kalacak şekilde yöneltilmesi, aday işçinin kişilik hakkına saldırı oluşturacağından hukuka uygunluk sınırının içinde kalmayacaktır¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Sevimli, K. A. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal, İstanbul, 2006, s. 147- 148; Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 319; Uncular, a.g.e., s. 189.

¹⁷⁶ Uncular, a.g.e., s. 188.

¹⁷⁷ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 323.

¹⁷⁸ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 324.

¹⁷⁹ S. Sezgin, *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerine Yönelik Müdahaleler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 105.

Aday işçi hakkında öğrenilmek istenen bilgiler ve bu bilgileri öğrenmek adına kullanılan yöntemler, söz konusu iş için gerekli olan sınırı aştığında, aday işçinin susma hakkı, ölçülülük ilkesinin bir gereği haline gelmektedir¹⁸⁰.

Bu durumda her somut olayın kendi koşulları içinde ve başvuru alan işin gerekleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir. İşin özelliklerinin gerektirdiği durumlarda ve müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olması koşuluyla bazı durumlarda işverenin işçinin kişilik haklarına müdahalesi olanaklı olabilecektir¹⁸¹.

Sözleşme görüşmelerinde, aday işçinin kadın olması sebebiyle hamile olup olmadığının veya çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediğinin sorulması, hem kişilik haklarına ve özel yaşama ölçüsüz bir müdahale sayılmakta hem de cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmaktadır¹⁸².

İşverenin, işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunluluğu haricinde, iş görüşmeleri esnasında cinsiyet veya gebelik durumundan kaynaklı farklı işlem yapamayacağı İşK m. 5/III¹⁸³ ile garanti altına alınmıştır.

Bu durumun istisnası, hamileliğin iş görme edimini zorlaştıracak veya imkansızlaştıracak durumlardır. Dansçılık, mankenlik, sporculuk, sahne sanatçılığı gibi iş kollarında çalışmak üzere iş başvurusunda bulunan aday işçinin hamilelik durumunu saklamaması hatta bu konuda kendiliğinden bilgi vermesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁴.

Aynı mantıkla incelediğimizde, aday işçinin kronik rahatsızlık veya ağır bulaşıcı hastalık nedeniyle çalışma imkanının olmadığını, işe başladığı sırada hasta olacağını veya tedavi göreceğini bildiğini saklamaması gerektiği açıktır¹⁸⁵.

Özellikle kadınlara yönelik ileride evlenmeyi düşünüp düşünmediğine ilişkin sorular genel kural olarak ölçüsüz sayılmaktadır. Bu durumun istisnası ise sadece

¹⁸⁰ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 325.

¹⁸¹ Sevimli, a.g.e., s. 151.

¹⁸² Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 328; Sevimli, a.g.e., s. 154.

¹⁸³ İşK md. 5: “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılınmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”

¹⁸⁴ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 329; Sevimli, a.g.e., s. 154; Uncular, a.g.e., s. 191.

¹⁸⁵ Uncular, a.g.e., s. 191.

bekar bir işçinin çalışmasını gerektirecek bir iş olmasıdır. Yatılı hasta veya bebek bakımı, yatılı temizlik işleri bu durumun istisnalarına örnek olarak gösterilebilir¹⁸⁶.

İşK. m. 30'da¹⁸⁷ düzenlenen eski hükümlülerin yeniden topluma kazandırılmaları çerçevesinde, aday işçi, işin niteliği ile ilgili olmayan sabıklarını bildirmek ile yükümlü değildir¹⁸⁸.

İşveren tarafından aday işçinin sabıka kaydının bütününe istenmesi, kural olarak geçersiz sayılmaktadır¹⁸⁹. Bu durumun istisnası ise, aday olarak başvuru işin, hüküm giyilen suç ile bağlantılı olmasıdır¹⁹⁰.

Örneğin, şoför pozisyonuna başvurulduğunda, önceden alınan trafik cezasının işin niteliği ile doğrudan ilgili olduğu açıktır. Aynı şekilde çocuk bakımı ile ilgili işe alınacak bir kişinin, cinsel istismar vb. suçlar ile ilgili hüküm giyip giymediğinin sorulması, aday işçinin kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmeyecektir¹⁹¹.

Bazı durumlarda işverenin aday işçinin sabıka kaydını öğrenmesi gerektiği mevzuatla düzenlenmiş olabilir. Örneğin, Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüplerinin Kuruluş İşleyiş ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca işe aldığı kişilerin adli ceza almadığına dair belge talep etmesi, işverenin yasal yükümlülüğüdür¹⁹².

Aday işçinin malvarlığı ve ekonomik durumuna ilişkin sorular kural olarak geçersizdir. Bunun istisnası ise yine yapılacak olan iş ile doğrudan bağlantısının bulunmasıdır. İşin para iadesi, para akışını sağlamak olduğu bir durumda, işçinin borcunun bulunup bulunmadığının sorulması ölçülü kabul edilebilecektir¹⁹³.

¹⁸⁶ Uncular, a.g.e., s. 193.

¹⁸⁷ İşK md. 30: "İşverenler; elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır."

¹⁸⁸ Uncular, a.g.e., s. 207.

¹⁸⁹ Sevimli, a.g.e., s. 157.

¹⁹⁰ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 333; Sevimli, a.g.e., s. 156; Uncular, a.g.e., s. 206.

¹⁹¹ Sezgin, a.g.e., s. 115.

¹⁹² Kıpçak, H. C. *Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.81.

¹⁹³ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 334; Sevimli, a.g.e., s. 153.

Yapılacak işin şeker içeren bir gıda ürününün kalite kontrol denetimi olduğu bir örnekte, işverenin aday işçinin şeker hastalığı olup olmadığını sorması veya maden ocağında çalışacak bir aday işçinin astım hastalığının sorulması ölçüsüz sayılmayacaktır¹⁹⁴.

Verilen örneklerde sayılanlar, genel ölçülülük kurallarına istisna getirmektedir. Bu istisnaların hepsi sınırlamanın yapılan işin niteliği gereği zorunlu olması temeline dayanmaktadır.

Dini inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğü Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Aday işçinin inancı, siyasi görüşü ve sendika üyeliği hakkında soru sorulması ancak başvuru işin niteliği itibarıyla ilgili olduğu istisnai hallerde ölçülü kabul edilebilmektedir. Aday işçinin inancı, siyasi görüşü veya sendika üyeliği sebepleriyle farklı bir uygulamaya maruz kalması halinde ise bu durum ayırım yasağının ihlali anlamına gelebilecektir¹⁹⁵.

2.2.2. İş Sözleşmesinin Devam Ettiği Süre Boyunca Ölçülülük İlkesinin Uygulama Alanları

İş görüşmesi süreci tamamlanıp işveren ile işçi arasında karşılıklı bir anlaşmaya varılmasını takiben iş sözleşmesi kurulmuş olur. İş sözleşmesi, İşK md. 8'de¹⁹⁶ ve TBK md. 393'te¹⁹⁷ tanımlanmaktadır.

Aralarındaki iş sözleşmesi gereği işçi, işverene bağımlı olarak çalışmaktadır. Sözleşmeye göre, işçi iş görme edimini ifa ederken işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. İşçinin emeğinin karşılığında maaş aldığı bu denklemde, işçi işverene ekonomik olarak da bağımlıdır.

Bu ekonomik bağımlılık ve işçinin hayatını sürdürebilmek adına bu iş ilişkisinden alacağı maaşa duyduğu ihtiyaç, sözleşme kapsamında tarafların arasında

¹⁹⁴ Sezgin, a.g.e., s. 110.

¹⁹⁵ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 334; Sevimli, a.g.e., s. 157.

¹⁹⁶ İşK md. 8: “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.”

¹⁹⁷ TBK md. 393: “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

bir güç dengesizliği meydana getirmektedir. Bu sebeple işçi ve işverenin çatışan menfaatleri değerlendirilip ölçülülük ilkesi uygulanarak her somut olayda adil bir denge kurulması gerekmektedir.

Örneğin; işçinin sahip olduğu düşüncüyü ifade özgürlüğü, diğer bütün hak ve özgürlükler gibi sınırsız değildir. Düşüncüyü ifade özgürlüğü, Anayasanın 26. maddesinde¹⁹⁸ düzenlendiği üzere ancak belli şartların oluşması halinde sınırlandırılabilir¹⁹⁹.

Bazı durumlarda, işçinin sahip olduğu düşüncüyü açıklama özgürlüğü, iş sözleşmesi kapsamındaki sadakat borcu ile karşı karşıya gelebilecektir.

İşveren, işçinin ifade özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahalede bulunamayacağı için, işçinin sadakat borcunun ihlali niteliğinde olmayan düşünce açıklamaları ve eleştirilerine katlanmakla yükümlüdür²⁰⁰.

Burada ölçülülük ilkesi ile eleştirinin sınırları çizilmeye çalışılmaktadır. Yargıtay’a göre işçinin gerçeğe dayanmayan iddialarda bulunması²⁰¹ ve tehditkar davranışları²⁰² eleştiri sınırını aşmaktadır.

¹⁹⁸ AY md. 26: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.”

¹⁹⁹ Öktem Songu, S. ‘Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, cilt: 15, özel sayı, 2013, 609-650, s. 610; F. Bayram, ‘Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu’, Doktora Tezi, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2011, s. 32.

²⁰⁰ Okur, Z. ‘İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü’. *Kamu-İş*, cilt:8, sayı:4, 2006, s. 23- 24.

²⁰¹ Yargıtay kararına konu somut olayda, davalı işyerinde iki yılı aşkın süredir, servis personeli olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, şirketin bir müşterisinin yetkililerine, şirketin hazırladığı yemeklerde bozuk ve kalitesiz ürünler kullanıldığı konusunda yanıltıcı bilgiler aktardığı gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Yerel mahkeme, davacı işçinin, sözü edilen bilgileri içeren bir yazılı belge sunduğunun ispat edilememiş olması nedeniyle davacının işe iadesine karar vermişse de Yargıtay, davalı şirket tanıklarının, mahkemeye sunulan e-posta içeriklerini teyit etmelerinden hareketle, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarının sabit olduğuna ve bu nedenle feshin haklı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay’a göre, işçinin çalıştığı işyeri hakkında, gerçeğe aykırı iddialar ileri sürmesinin, bu kapsamda, haklı fesih nedeni sayıldığı anlaşılmaktadır. Yargıtay 22. HD, 2014/28007 E., 2014/29117 K., 27.10.2014 tarihli, www.lexpera.com.tr, E.T: 18.08.2024.

²⁰² Yargıtay, işyerindeki toplantıda, performansı ile ilgili geri bildirimlere aşırı reaksiyon gösteren ve insan kaynakları uzmanına karşı tehditkar ve uygunsuz sözler sarf eden işçinin, iş sözleşmesinin haklı

İşçi ve işveren arasında yaşanan menfaat çatışmalarında makul bir denge sağlanabilmesi ve işçinin büyük hak kayıplarına uğramaması için işverenin sözleşme özgürlüğü gereği sahip olduğu birtakım hakları ölçülülük sınırları içerisinde kullanması zaruridir.

İşverenin iş sözleşmesi kapsamında sahip olduğu ve kullanımı sonucunda işçinin temel hak ve özgürlüklerine en fazla müdahalede bulunulmasına olanak sağlayan hakları: İş sözleşmesinin devam ettiği sürece sahip olduğu yönetim hakkı ve iş sözleşmesinin sona ermesi sürecinde kullandığı fesih hakkıdır. İşverenin fesih hakkını kullanırken yapılan ölçülülük denetimi çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenmiş olup çalışmamızın bu bölümde işverenin yönetim hakkı ve sınırları üzerinde durulmuştur.

İş sözleşmesi taraflara karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların hak ve borçları genel olarak iş sözleşmesi ile belirlense dahi, işin yapılışına ilişkin tüm detayların sözleşmede bulunması beklenemez²⁰³.

İşin görülmesi ile ilgili iş sözleşmesinde düzenlenmeyen konular, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde belirlenmektedir. Yönetim hakkı ile işveren talimatlar vererek ve yönlendirmeler yaparak işçinin davranışlarını düzenlemektedir²⁰⁴. Yönetim hakkının, işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin doğal bir sonucu olduğu kabul edilmektedir²⁰⁵.

İşverenin sahip olduğu yönetim hakkının yasal dayanağı TBK'nın "Düzenlemelere ve Talimata Uyuma Borcu" başlıklı 399. maddesidir²⁰⁶.

Maddeden de anlaşılabacağı üzere, işçinin işverenin talimatına uyma borcu, işverenin yönetim hakkının karşılığını oluşturmaktadır²⁰⁷.

nedenle feshini kabul etmiştir. Aynı kararında, eleştiri sınırları içinde kalan söz ve davranışların haklı feshe neden olamayacağını da belirtmiştir. Yargıtay 22. HD, 2014/13249 E., 2014/14398 K., 26.05.2014 tarihli, www.lexpera.com.tr, E.T: 18.08.2024.

²⁰³ A. Hekimler, *Şematik İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku Boyutunda*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 77.

²⁰⁴ Kıpçak, a.g.e., s. 89.

²⁰⁵ Z. G. Balkır, 'İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması Ve Etik Sınırlar'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sayı: 12, Aralık 2008, 73- 79, s. 74.

²⁰⁶ TBK md. 399: "İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar."

²⁰⁷ E. T. Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s. 137.

Düzenlemelere ve talimata uyma borcu kapsamında işçinin işverenin her türlü talimatına uyması beklenemez. Bu konudaki ilk sınırlama, işçinin, talimatlara dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde uyması gerektiğidir ki bu husus, madde metninde de yer almaktadır. Bir diğer sınırlama ise talimatların işçinin iş görme edimi, işyerinin ve işin düzeni ile ilişkili olmasıdır²⁰⁸.

İşveren, yönetim hakkı ile sadece işçiye emir ve talimat verme hakkına değil, aynı zamanda verdiği emir ve talimatın ifa edilme koşullarını denetleme hakkına da sahiptir²⁰⁹. İşverenin yönetim hakkını kullanmasının işçinin kişilik hakları ile çatışabileceği belli başlı durumlar aşağıda örneklendirilmiştir.

2.2.2.1. İşe Giriş Çıkış Kontrolü Yapılırken Ölçülülük

İşçilerin işyerine giriş çıkış saatlerini kontrol etmek, işverenin yönetim hakkı kapsamındadır²¹⁰. Bu giriş çıkış kontrolünün nasıl ve hangi araçlar kullanılarak yapılacağının sınırını ise ölçülülük ilkesi belirlemektedir.

Biyometrik giriş kontrol yöntemleri, işçilerin kişisel verilerini topladığı için; işverenin yalnızca giriş çıkışı kontrol etmedeki menfaati, işçinin kişilik alanına yapılan müdahalenin ağırlığını ölçülü kabul etmeye yetmemektedir²¹¹.

Danıştay 5. Dairesi'nin, 2013 tarihli bir kararında²¹², personelin parmak izi tarama sistemi ile kişisel verisinin toplandığını tespit etmiş ve bu yolla mesai kontrolü

²⁰⁸ N. S. Alp ve F. Korkmaz, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 146.

²⁰⁹ V. Ünlü, 'Çalışanların Mesai Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 2, sayı: 22, Haziran 2011, 209- 219, s. 214.

²¹⁰ Uncular, a.g.e., s. 240.

²¹¹ Uncular, a.g.e., s. 241.

²¹² Danıştay 5. Daire, 2013/5342 E., 2013/9525 K., 10.12.2013 tarihli kararı; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması"başlıklı 8. maddesinde, herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin Mahremiyet Hakkı"başlıklı 17. maddesinde de, hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceği; onuru veya itibarının hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılmayacağına, herkesin bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 99 ve devam eden maddelerinde Devlet memurlarının çalışma saatleri ile günlük çalışma saatlerinin başlama ve bitme saatlerinin tespitine yönelik düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte, kamu görevlilerinin mesaiye devam durumlarının kontrolü konusunda ayrıntılı bir yasal düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. İdarelerce, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlanmasını doğal karşılamak gerekir. Ancak; teknolojinin kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasının yukarıda belirtilen hükümlere uygun olması gerektiği kuşkusuzdur.

yapılmasını, temel hak ve hürriyetlerden olan özel hayatın gizliliğine orantısız bir müdahale içerdiğini vurgulamıştır. AYM aynı konuda 2022 tarihinde verdiği kararda²¹³, parmak izi kayıt sistemi ile mesai takibi yapılmasının, başvurucunun özel hayata saygı kapsamındaki kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Bu durumun istisnası, ancak işin gereklerinin biyometrik kontrolü zorunlu kılacak nitelikte olmasıdır. Kamu güvenliği açısından tehlike arz eden kimyasallar ile çalışılan bir laboratuvar veya bankaların kasa dairesine girişlerde biyometrik kontrol ölçülü kabul edilebilmektedir. Bu durumda dahi toplanan verilerin, veri koruma hukukunun ilkelerine uygun bir şekilde işlenmesi gerektiği açıktır²¹⁴.

2.2.2.2. Üst ve Eşya Araması Yapılırken Ölçülülük

İşverence yapılan aramanın ölçülülük sınırları içerisinde kaldığının kabul edilebilmesi için mutlaka işin gerekleri ile açıklanabilen meşru bir amacı bulunması ve bu amaca ulaşmak için işçinin haklarına en az müdahale eden yöntemin tercih edilmiş olması gerekmektedir²¹⁵.

İşçinin eşyalarının aranması konusunda; mülkiyeti işverene ait olan ve işçiye işveren tarafından tahsis edilmiş çekmece, masa, dolapta arama yapılması ile mülkiyeti işçiye ait olan eşyalar üzerinde arama yapılması hukuken aynı niteliktedir.

Personelin parmak izi tarama sistemi ile mesai kontrolünün yapılması durumunun, temel hak ve hürriyetler içerisinde sayılan özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında kişisel bilgi veya kişisel verilerin alınması kavramları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mesai kontrol sisteminin şekli ve içeriği dikkate alındığında, sözü edilen uygulama ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından bu uygulama, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, değişik 20/3 maddesinde de, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğinin belirtildiği, ancak konuyla ilgili bu aşamada yasal bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Olayda, personelden kişisel veri alınması kapsamında olan parmak izi tarama sistemi" ile mesai takibi uygulamasının, kamusal alanda da olsa özel hayatın gizliliği" ilkesi kapsamında bulunduğu anlaşılmaması karşısında; uygulamanın sınırlarını usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmaması, toplanan verilerin ilerde başka bir şekilde kullanılamayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan dava konusu işlemde hukuka uyarlılık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı anlaşılmıştır." Kararın tamamı için bkz: www.lexpera.com E.T: 12.08.2024.

²¹³ AYM 2018/11988 Başvuru numaralı, 10.03.2022 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, E.T: 17.08.2024.

²¹⁴ Uncular, a.g.e., s. 242.

²¹⁵ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 337.

Çünkü burada korunmaya çalışılan hukuki değer, işçinin özel yaşamı ve kişisel verileridir²¹⁶.

Yargıtay kararına²¹⁷ konu somut olayda; işçi santral operatörü olarak çalışmaktadır. Santral odasının kapısı güvenlik görevlileri tarafından kırılarak içeriye girilmiş ve işçinin masasının çekmecesini zorla açılarak işçinin ajandası alınmış ve okunmuştur. İşçi ajandada müdürüne ilişkin olumsuz ifadeler kullanmış, bunu okuyan müdür tarafından işçinin iş sözleşmesi haklı nedene dayanılarak feshedilmiştir. Yargıtay, işçinin özel defterinin yasal olmayan yollarla elde edildiğini vurgulamış ve bu ifadeleri bir başkasına açıklamadığını da göz önünde bulundurarak işçi lehine karar vermiştir.

Bu noktada kurulması gereken denge, işçinin özel yaşamına asgari düzeyde müdahale etmek ama bir yandan da işverenin yönetim hakkını kullanmasını imkansız hale getirmemektir. Bu çerçevede işverenin yapacağı aramaların ölçülü sayılabilmesi için işin gereklerine uygun olması ve işçinin haklarına en az düzeyde müdahale eden yöntemin seçilmesi gerekmektedir. Yaşanabilecek somut durumların hepsini kapsayacak genel bir sınır çizmenin imkansızlığı nedeniyle, ölçülülük denetimi her

²¹⁶ Uncular, a.g.e., s. 230; Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 336; Sevimli, a.g.e., s. 216.

²¹⁷ Yargıtay 9. HD. 2000/10386 E., 2000/15096 K., 30.10.2000 T., "...Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.2- Davacı, davalı Genel Müdürlüğe bağlı Konya-İlgın Linyit İşletme Müdürlüğü işyerinde santral operatörü olarak çalışırken 9 Kasım 1999 gecesi kilitli olan santral oda kapısının güvenlik görevlilerince kırıldığı ve davacıya ait masa gözünün zorla açılarak içinde ki ajanda defterinin okunduğu ve 10 Kasım 1999 günü de bizzat işletme müdürünün gelerek deftere el koyduğu ve defterde Rapor 2 başlığı altında Jandarma İstihbarat Dairesi Başkanlığı hitaplı, Cumhuriyetin bölünmez bütünlüğünü bölmek, gerici Cumhuriyet karşıtı faaliyetler konulu İlgin Linyit İşletmeleri yer gösterilerek yazılan yazıda işyeri işletme müdürünün tam bir irtica militanı, Cumhuriyet düşmanı olduğunun belirtildiği görülmektedir. Davalı idare, davacının defterine bu şekilde görüş yazdığı için iş akdini İş Yasasının 17-II/b maddesi gereğince feshetmiştir. Davacı, davalı idareye vermiş olduğu savunmalarında, yazmış olduğu hususların kendi kişisel görüşleri olduğunu ve hiçbir resmi kuruluşa veya diğer bir kişiye bu görüşlerini açıklamadığını ifade etmiştir. İş Yasasının 17-II-b maddesinde, İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması"durumunun işverene bildirimsiz fesih hakkı vereceği belirtilmektedir. Dinlenenen davacı tanıkları, davacının işveren aleyhine haysiyet kırıcı sözler sarf ettiğini duymadıklarını belirtmişlerdir. Davalı tanıkları ise defterin ele geçirilişi ve içinde ki hususlar hakkında bilgi vermişlerdir. Ayrıca davacının resmi makamlara ihbarlarda bulunması gibi bir durumunda olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının özel defterinin yasal olmayan yollardan elde edildiği ve bu deftere dayanak yapılarak iş akdinin feshedildiği ve davacının düşüncelerini herhangi bir yerde açıklamadığı ve yayınlamadığı ve dolayısıyla işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı, asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmadığı görülmekle işverenin iş akdinin feshinde gerekçe yaptığı İş Yasasının 17-II-b maddesinde ki koşulların oluşmadığı gözetilmeksizin davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi hatalıdır." www.kazanci.com.tr, E.T: 20.04.2024.

somut olayın özelliklerine göre işçinin görevi, önlenmek istenen tehlikenin boyutu gibi ölçütlerin tartılması yoluyla yapılacaktır.

Örneğin, değerli metallerin iş konusu olduğu bir işyerinde, işten çıkışlarda metal detektöründen geçilmesi, değerli maddelerin işyeri dışına çıkarılmasını önlemek için yeterlidir. Fakat metal detektörü ile ulaşılabilecek bir amaca üst araması, çanta araması gibi hak ve özgürlüklere daha büyük bir müdahalede bulunan bir araç ile ulaşılması, ölçüsüzlük teşkil edecektir²¹⁸.

İşverenin değerli malların işyeri dışına çıkışını önleme menfaati ile meşrulaştırdığı üst aramasının, işe giriş- çıkış haricinde yapıldığında ölçüsüz olacağı açıktır. Ayrıca söz konusu arama neticesinde elde edilmesi muhtemel kişisel verilerin, veri işleme hukukunun genel prensipleri uyarınca, sözleşmenin ifası için zorunlu olan ölçüde ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesi gerekmektedir²¹⁹.

Yapılan üst aramasında, işverenin hem ölçülülük ilkesine hem de eşit işlem yapma yükümlülüğüne uygun davranması gerekmektedir. Ayrıca, arama sırasında işveren tarafından şeref ve haysiyet kırıcı davranışlarda bulunulması durumunda yapılan arama ölçüsüz hale gelebilecektir²²⁰.

2.2.2.3. İşçinin Sağlığının Korunmasına İlişkin Önlemlerde Ölçülülük

İşveren, çalıştırdığı işçilerin sağlığını korumakla yükümlüdür. İşveren, bu yükümlülüğünü yerine getirebilmek adına, yönetim hakkını kullanarak birtakım önlemler alma yetkisine de sahiptir. Bazı durumlarda işverenin işçilerin sağlığını korumak adına alacağı önlemler, işçilerin kişilik hakları ile çatışabilecektir. Hijyen ve sağlık gerekçeleriyle işçilerin işyerinde belli kıyafetler giyilmesinin zorunlu olması, işçilerin bazı sağlık kontrol ve testlerinden geçmelerinin talep edilmesi, sağlık durumu tehlike arz edebilecek işçilerin belli pozisyonlarda çalıştırılmamaları bu duruma örnektir²²¹.

²¹⁸ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 337.

²¹⁹ Uncular, a.g.e., s. 231- 232.

²²⁰ Aydın, a.g.e., s. 32.

²²¹ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 335-337.

AYM, 2017 yılında verdiği bir kararda²²², kendisine HIV pozitif tanısı konmuş bir işçi ve bu sebeple feshedilen iş sözleşmesini incelemiştir. AYM, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, kesici aletlerin kullanıldığı bir işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin az da olsa bulunduğunu tespit etmiş ve işverenin, diğer işçileri koruma maksadının meşruluğunu kabul etmiştir. Fakat meşru bir amacın varlığı halinde dahi feshin ölçülü olup olmadığı ayrıca değerlendirilmiş olup başvurucunun diğer işçiler açısından risk oluşturmayacak bir pozisyonda çalıştırılma imkanı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İşyerindeki sağlığın korunması için işverenin yönetim hakkını kullanmasının bir diğer görünümü de alkol ve uyuşturucu testleridir.

²²² AYM'nin 2014/19081 başvuru numaralı, 01.02.2017 tarihli kararında: “Gerçekten kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebildiği işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin -küçük bir ihtimal de olsa- ciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusunda endişe duyarak hareket ettiği, bunun da meşru bir amaç olduğu kabul edilmelidir. Olayda, işverenin diğer çalışanlarını korumak ve belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin devamından elde edeceği faydalar ile başvurucunun özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakları arasında bir çatışma söz konusudur. Bu nedenle yargı makamlarınca işverenin çıkarları ile iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan ve ek olarak HIV pozitif olması nedeniyle de toplumun zayıf grubu içinde bulunan işçinin çıkarlarının korunması noktasında titiz bir şekilde dengeleme yapılmalıdır. İşveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin sağlık durumuna bağlı olarak sona erdirilmesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceği -her somut olayın koşullarına göre- işçinin hastalığının mahiyeti, hastalığın işe devam, çalışma koşulları, performans ve verimlilik üzerindeki etkileri, diğer çalışanlar yönünden tehlike arz edip etmediği, bu tehlikenin önüne geçilmesi için alınabilecek önlemler gibi unsurlar yönünden değerlendirilmelidir. Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın bulaşıcı olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvurucunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir. Ancak söz konusu kararlarda işverenin, iş yerinde başvurucunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânları hakkında değerlendirme yapması yükümlülüğü olup olmadığı ele alınmamıştır. Oysa tanık beyanlarına göre gerek iş yeri hekiminin işverene başvurucunun bir başka işte çalıştırılması tavsiyesinde bulunduğu gerekse personel ve mali işler müdürünün dış görev olarak bayi ziyareti işinin verilmesinden söz ettiği, Mahkemece atanan bilirkişinin raporunda da işverenin yapması gerekenin davacı işçinin hastalığı nedeniyle risk taşımayan bir başka işe verilmesi olduğunun belirtildiği görülmektedir. Ancak işveren tarafından işyerinde bu şekilde bir başka görev olup olmadığı, varsa başvurucunun niteliklerinin söz konusu görev bakımından yeterli olup olmadığı gibi hususlarda hiçbir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır. Sonuçta ilk olarak başvurucunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır.”
www.anayasa.gov.tr, E.T: 22.07.2024.

Yapılan işin niteliği gereği, alkol veya uyuşturucu etkisinde olunmasının tehlike yaratacağı işlerde bu testler ölçülü kabul edilebilmektedir. Örneğin, silah taşınan ve araç kullanılan işler İsviçre hukukunda bu kapsamda sayılmaktadır²²³.

İşçinin iş sözleşmesinde, alkol ve uyuşturucu testlerine rıza göstermesi, testlerin yapılmasını her ne kadar meşrulaştırırsa da iş sözleşmesi yapıldığı anda işçinin her türlü teste izin veren genel bir rıza göstermesi, ölçülülük denetimi çerçevesinde geçerli sayılmamaktadır²²⁴.

Ölçülülük ilkesinin uygulanması aşamasında, en az müdahalede bulunan aracın seçilmesi de önemlidir. Alkol testi için kan örneği yerine nefes ile ölçüm yapılması ve uyuşturucu testi için kan veya saç örneği yerine idrar örneği verilmesi bu duruma örnektir²²⁵. Fakat idrar testinde sonuçların doğruluğu için kişinin izlenmesinin onur kırıcılığı ile kan testinde kişinin zedelenen vücut bütünlüğü arasında hangi yöntemin daha az müdahale içerdiği konusu tartışmaya açıktır²²⁶.

2.2.2.4. Elektronik İletişimin Denetlenmesinde Ölçülülük

İşçinin sahip olduğu özel yaşamın gizliliği hakkı, iletişimin gizliliğini de içermektedir²²⁷.

Teknolojinin gelişmesiyle, hem elektronik yollarla kurulan iletişimin hacmi artmış; hem de örneğin cep telefonları artık yalnızca telefon görüşmesi yapma imkanı değil; fotoğraf makinesi, internet bağlantısı, USB bağlantısı gibi imkanlar da sunmaya başlamıştır. Cep telefonlarının sunduğu tüm bu imkanların, iş saatleri içerisinde sınırsız olarak kullanılabilmesi, iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesini olumsuz etkileyebilecektir. Bu olumsuz etki nedeniyle, işverenin iş saatleri içindeki kişisel cep telefonu kullanımını sınırlayabileceği kabul edilmektedir²²⁸.

İşveren tarafından yapılacak bu sınırlamanın geçerli olabilmesi için amacı ile ölçülü olması gerekmektedir. Örneğin, işçinin tehlikeli makinelerle çalıştığı bir işte,

²²³ Ugan Çatalkaya, a.g.e., 340.

²²⁴ Bayram, a.g.e., s. 277.

²²⁵ Sevimli, a.g.e., s. 164.

²²⁶ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 342.

²²⁷ Bayram, a.g.e., s. 281; Sevimli, a.g.e., s. 197.

²²⁸ Ünlü, a.g.e., s. 215- 217.

dikkatinin dağılmaması adına makine başındayken telefonla konuşması yasaklanabilecektir. Fakat işçinin öğle tatilinde de cep telefonunu kullanımı sınırlanırsa, burada ulaşılmak istenen amaç bakımından ölçüsüz bir müdahale söz konusu olacaktır. Benzer şekilde, şoförün araç kullandığı sırada telefon kullanması yasaklanabileceken, telefonu hiç yanında bulunduramayacağının düzenlenmesi, ölçülülük sınırlarını aşan bir müdahale olacaktır²²⁹.

İşverenin, kendisinin tahsis etmiş olduğu telefonun kullanımı üzerindeki denetim yetkisi, işçinin bireysel telefonunun üzerindeki kıyasla daha geniştir. Fakat bu denetim yetkisinin de sınırsız olamayacağı ve ölçülü olması gerektiği şüphesizdir²³⁰.

İşveren tarafından tahsis edilmiş cep telefonları, e-posta adresleri üzerinden kurulan iletişimde işverenin yönetim hakkı çerçevesindeki denetim menfaati ile işçinin iletişiminin gizliliği hakkı karşı karşıya gelmektedir. Çatışan menfaatler arasındaki denge, ölçülülük ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır.

Kural olarak işverenin işçinin görüşmelerini dinlemesi ve kaydetmesi hukuka aykırıdır. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması hususu Ceza Muhakemesi Kanunu kanunu md. 135²³¹ ile hakim ve savcılara verilmiştir. Bu denli ciddi bir yetkilendirmenin yapıldığı bir konuda işverenin işçinin görüşmelerini dinlemesi ve kaydetmesi mümkün olmayacaktır²³².

İşverenin, kendi tahsis ettiği telefonda dahi, görüşmelerin içeriğini denetleme yetkisi yoktur. Bu durumun istisnası, işin niteliğinin bu denetimi yapmaya gerekli olmasıdır. Çağrı merkezi, rezervasyon veya müşteri hizmetleri çalışanlarının görüşmelerinin kaydedilmesi, hizmet kalitesini tespit ve yapılan işlemi ispat etmek

²²⁹ Ugan Çataalkaya, a.g.e., s. 363.

²³⁰ Sezgin, a.g.e., s. 132.

²³¹ Ceza Muhakemesi Kanunu md. 135: “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.”

²³² Y. Üstün ve A. N. Günel, ‘İş İlişkilerinde Bazı Yaygın Uygulamaların Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi’. *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, cilt: 2, sayı: 2, 2020, 62- 73, s. 70.

için gerekli kabul edilmektedir²³³. Bu durumda dahi dinleme ve kaydetme işleminden önce işçilerin bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay 2017 yılında verdiği kararda²³⁴; işçilerin Whatsapp grubu üzerinden işverene yönelik yaptığı eleştirilerin haklı nedenle fesih oluşturup oluşturmayacağını denetlemiştir. İşveren, gruptaki konuşmaları kendisine ileten işçiye ceza vermekle yetinirken diğer işçilerin sözleşmelerini feshetmiştir. Yargıtay, hem bu tutum farklılığına hem de grup içindeki konuşmaların gizliliğine dayanarak feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

Elektronik posta da elektronik iletişim yöntemlerinden biridir. İşverenin, işin görülmesi ile ilgili işçiye tahsis ettiği elektronik posta adresini, veri koruma

²³³ Sezgin, a.g.e., s. 132; Uncular, a.g.e., s. 287.

²³⁴ “Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi “tele satış temsilcisi olarak çalışan davacının çalışma arkadaşları ile birlikte grup oluşturarak yaptıkları whatsapp yazışmalarında işyeri ve işyeri yöneticileri hakkında terbiye sınırlarını aşan hakaretamiz iftira dolu beyanlarında bulunduğu, yöneticisi tarafından yapılan uyarıların dikkate alınmadığını, yönetici tarafından gelen mailler sonrasında ofis içinde huzuru bozacak şekilde konuşmalar ve görüşmeler gerçekleştirilmesi ve diğer çalışanların motivasyonlarının bilinçli olarak düşürmeye çalışıldığı, işyeri telefonu ile uzun süre özel görüşme yapıldığı, yöneticiye iş akışı ile ilgili bilgilendirme yapılmadığı, ofis içinde kendileri ile birlikte hareket etmeyen işlerini yapmaya devam eden çalışanlara psikolojik baskı uygulandığı, uygunsuz lakaplar takıldığı ve bu tutum ve davranışların her geçen gün şiddetini arttırarak devam ettiği, yönetici tarafından sözlü olarak uyarılmış ise de tutum ve davranışlarında değişiklik olmadığının ve iş aktinin İş Kanunu 25/II-e maddesine göre işverenin güveninin kötüye kullanılması kapsamında kaldığı” gerekçesi ile feshedilmiştir. Öncelikle Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içi iletişimi gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve 3. kişilere kapalı bir konumdur. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Dosya içeriğine göre davalı işyerinde satış temsilcisi olarak çalışan davacı ve aynı konumdaki diğer çalışanlar, çalışma koşullarının olumsuz olarak değiştirilmesi, ücret politikası, mobbingi uygulanması nedeni ile toplu imza ile istekte bulunmuşlar ve mailler göndermişlerdir. Aynı zamanda da iletişim için Whatsapp sistemi içinde grup kurmuşlardır. Burada da çalışma koşullarının olumsuzluğu, yöneticilerin tutumları ve davranışları hakkında yorumlarla yazışmalarda bulunmuşlardır. Bu iletişimlerin dosyadaki çözümlerine göre genel olarak mesai saatleri dışında olduğu görülmektedir. Davacı ve diğer arkadaşlarının Whatsapp grubu içindeki bu yazışmaları, aynı grup içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlayamamıştır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2016/14203 E., 2017/9524 K., 01.06.2017 tarihli kararı, www.yargitay.gov.tr, E.T: 18.08.2024.

hukukunun ilkeleri doğrultusunda ve işçiye önceden bildirilmek kaydıyla denetleyebileceği kabul edilmektedir²³⁵.

Yargıtay 9. HD.'nin 2010 yılında verdiği bir kararda²³⁶, işverenin kendisine ait bilgisayar ve elektronik posta adreslerine gelen elektronik postaları her zaman denetleme yetkisi bulunduğu hükmetmiştir.

Yargıtay 22. HD, 2015 yılında verdiği bir kararda²³⁷, Yargıtay 9 HD'nin yukarıda bahsedilen kararına atıf yaparak; işverenin, kendisine ait elektronik posta adreslerine gelen elektronik postaları her zaman denetleyebileceğinin altını çizmiştir.

İşverenin yönetim hakkından doğan denetleme menfaatinin karşısında işçinin özel hayatının ve iletişiminin gizliliği hakkı bulunmaktadır. Kanımızca Yargıtay'ın öngördüğü, somut olayın özelliklerini dikkate almadan, işverenin elektronik postaları her zaman denetleyebilmesi, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

²³⁵ Kıpçak, a.g.e., s. 92.

²³⁶ “Davalı vekili cevap dilekçesinde ve atamalarındaki beyanlarında dava dilekçesindeki haksız fesih iddiasının gerçek dışı olduğunu, davacının internet üzerinden teknik bilgi ve servis işlerini yapabilmesi için kendisine tahsis edilen ve şifresi yalnızca kendisi tarafından bilinen mail adresinden internet üzerinden 3. kişilerle yaptığı mesaj ve haberleşme ile işyerini kötüleyici, firmayı ve işvereni zarara sokucu ve işyerinin sırlarını ifşa edici haberleşmeler yapmak suretiyle kötü niyetli ve işyerini zarara uğratici davranışlarda bulunduğunu, davacının “...@hotmail.com” adresinden işveren yetkilisinin okuması için hakaret dolu metinler gönderdiğini, suç teşkil eden bu eylemleri nedeniyle C. Savcılığına ihbarda bulunulduğunu ve hakkında Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açıldığını, davacının işyerine karşı olumsuz eylemlerde bulunduğunu, işyerinin mahremiyetini internet aracılığı ile bozarak, sırlarını ifşa ettiğini. 3 gün üst üste işyerine gelmemesi üzerine iş akdinin feshedildiğini beyanla haksız davanın reddini talep etmiştir Davacı vekili cevaba cevap dilekçesinde ise, bahse konu maillerin davacı ile K2 isimli kişi arasındaki tamamen haberleşme amacı ile yapıldığını, davalı işverenin hedef alınmadığını, yazıların işverene ulaştırılmasının amaçlanmadığını, kaldı ki internet aracılığıyla yapılan bu yazışmaların kişinin özel hayatı ile ilgili olduğunu, hukuki bakımdan korunması gerektiğini, davalının mail adresinin şifresini kırarak bu yazışmaları ele geçirdiğini bunların hukuka aykırı yollarla elde edildiğini ve hükme esas alınamayacağını belirtmiştir... ..Somut uyuşmazlıkta, dosya kapsamına göre davacının görevi gereği işverenin işlerini yürütmesi için kendisine verilen bilgisayar ve e-mail adreslerini kullanarak iş akdi daha önce feshedilen K2 ile işle ilgili olmayan elektronik yazışmalar yaptığı, bu yazışmalar sırasında işverenin şahsına yönelik hakaret niteliğinde sözler sarf ettiği işyeri sırrı sayılabilecek konularda da yazışmalar yaptığı anlaşılmıştır. İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarda kullanıp işverene hakaret niteliğinde sözler sarfetmenin, işveren açısından 4857 sayılı Yasanın 25 II-b.maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD., 2009/447 E., 2010/37516 K., 13.12.2010 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, E.T: 18.08.2024.

²³⁷ Yargıtay 22. HD., 2013/36288 E., 2015/ 9548 K., 10.03.2015 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, E.T: 18.08.2024.

2.2.2.5. İşçinin İzlenmesinde Ölçülülük

Atipik çalışma örneklerinin çoğalmasıyla işyeri kavramı değişmiş olup işyeri dışında yapılan çalışma yaygınlaşmıştır. İşyerinin dışındaki işçinin bulunması gereken yeri teyit etmek için konum verileri talep edilebilmektedir. Burada ölçülülüğün sınırını çizecek olan işin niteliğinin bu veriyi gerektirip gerektirmemesidir. Örneğin ulaşım veya taşıt filosu gibi sektörlerde konum verilerini sağlayan teknolojiler sıkça kullanılmaktadır.

Yer belirleme sistemlerinin kullanımı ile işçiye ilişkin kişisel veriler toplanmaktadır. Bu sebeple işverenin menfaati ile işçinin kişisel verilerinin korunması hakkı arasındaki adil dengenin kurulması ancak ölçülülük ilkesinin uygulanması ile mümkün olabilecektir²³⁸.

Bazı kargo şirketleri, yemek ve market sipariş uygulamaları, müşterileri ile gönderiyi getiren kuryelerin anlık konumunu ve hatta fotoğrafını paylaşmaktadır. Bu noktada önemli olan paylaşılan bilginin, kişisel veri olduğunun bilincinde olunmasıdır. Bu şekilde bir hizmet sunan veri sorumlusu işverenlerin, işçilerin hukuka uygun şekilde açık rızasını alması gerekmektedir²³⁹.

İşçinin işyerinde kamera ile izlenmesi ise kural olarak ölçüsüz kabul edilmektedir. Hem görüntü hem ses kaydı alabilen kameralar ile işçilere ilişkin kişisel veriler toplanmaktadır. İşverenin işçiye izlemekteki menfaati, işçinin kişisel verilerinin korunması hakkıyla çatışmaktadır²⁴⁰.

Danıştay, 2018 yılında verdiği bir kararda²⁴¹, kamera sisteminin kullanılmasının ancak zorunlu güvenlik amacı ile ve başka bir yolla bu güvenliğin

²³⁸ Uncular, a.g.e., s. 245- 246.

²³⁹ Kıpçak, a.g.e., s. 111.

²⁴⁰ Uncular, a.g.e., s. 248.

²⁴¹ “Bu tespitler arasında özellikle kişilerin iş yerinde ve çalışma ortamında yani kamusal bir alanda bulunsa da, özel hayatın profesyonel aktiviteler ve dış dünya ile ilişkileri de kapsayan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sosyal özel hayat”olarak adlandırdığı bir alanı da kapsadığı ve bu alanın da korunması gerektiği, kamera sistemleri ile kişilerin sosyal özel hayatlarının izlenmesinin “İddi bir müdahale”olarak kabul edilmesi gerektiği, kişilerin güvenliği veya işverenin hakları başka yollarla korunamıyorsa ancak son çare olarak kamera sistemlerinin kişilerin çalışma alanlarını görecektir şekilde kurulmasının kabul edilebilir olacağı tespitlerine yer verilmiştir... Yine yukarıda yer verilen kararlardan, farklı güvenlik önlemleri yoluyla korunabilecek haklar veya önlenilecek olaylara yönelik olarak kamera sistemleri kurulmaması gerekeceği ve çalışanların doğrudan çalışma alanlarını görüntüleme şeklinde kişilerin özel hayatına müdahale anlamına gelen bu sistemlerin bu durumlarda kullanılmaması gerekeceği, aksinin ölçülülük ilkesine aykırı olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Yine

sağlanamadığı ihtimalde son çare olarak kullanılabileceğini vurgulamıştır. İşyerinde kamera sistemi ile izlenen kamu görevlisinin özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini tespit eden Danıştay, dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

İş sözleşmesi görüşmelerinde ve iş sözleşmesinin devamı süresinde ölçülülük ilkesinin uygulama alanı bulduğu hallerden de anlaşılacağı üzere; ölçülülük ilkesi, her somut olayda, olayın koşullarına göre uygulanmaktadır. Bir olayda işçinin kişilik haklarına orantısız müdahale içerdiği için ölçüsüz kabul edilen bir işlem; işin niteliklerinin gerektirdiği başka bir olayda, işçinin kişilik haklarına müdahalenin istisnası haline gelebilmektedir. İş sözleşmesinin devam ettiği süre boyunca ölçülülük ilkesinin uygulama alanlarının somutlaştırılmasını takiben, sözleşmenin sona ermesi, özellikle de fesih yoluyla sona erme halinde ölçülülük ilkesinin uygulanması, çalışmamızın üçüncü bölümünü oluşturmaktadır.

kamera sistemlerinin zorunlu güvenlik amacı ile ve başka bir yolla bu güvenlik amacı sağlanamıyorsa kurulabilmesi mümkün olsa da, yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında uygulamanın usul ve esaslarını gösteren yasal dayanağının bulunması, açık ve anlaşılabilir olması ve ilgililerin bu konudaki hakları ve kamera sistemi ile ilgili olarak bilgilendirilmiş olması gerektiği, toplanan görüntülerle ilgili güvencelerin sağlanması gerektiği, dava konusu işlemin bu haliyle sınırları belirlenmemiş, yasal dayanağı olmayan, uygulamaya dair usul ve esaslar ile güvenceleri düzenlenmemiş bir sistemle yürütüldüğü ve bu haliyle kamu yararına yönelik olduğunu kabul etmeye imkan olmadığı; Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve mahremiyet hakkını ihlal ettiği anlaşılmakta olup, kişilik haklarına aykırı şekilde kamu görevlilerinin tüm faaliyetlerinin izlenmesine imkan tanıyan uygulamada isabet bulunmamaktadır. Kameralı takip sistemi ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından uygulama ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, değişik 20/3. maddesinde de, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğinin belirtildiği, ancak konuyla ilgili dava konusu işlemin gerçekleştirildiği aşamada yasal bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığın bu davaya özgü hali değerlendirildiğinde; dosyada yer alan fotoğraflardan kamera sisteminin yerleştirildiği konum ve çektiği alan dikkate alındığında, iş yerinin güvenliğini sağlama amacını aşarak, doğrudan çalışan memurun kendisinin, diğer memurlarla ya da iş sahipleriyle ilişkisinin ve kamu hizmetinin görülmesi sırasında yaptığı her türlü haberleşmesinin, çalışma alanı ve masasının gözlemlendiği kamera takip sistemi kurulmasının özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği anlaşılmakta olup; uygulamanın sınırlarını, usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağın bulunmaması, toplanan görüntülerin ileride başka bir şekilde kullanılamayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması ve bu haliyle yukarıda belirtilen temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmaması nedeniyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.” Danıştay 10. Daire, 2015/5219 E., 2018/1739 K., 14.05.2018 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, E.T: 15.05.2024.

3. İŞVERENİN FESİH HAKKI ÇERÇEVESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

İş sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisidir ve bu sebeple edimin ifası ile hemen sona ermemektedir²⁴². İş sözleşmesinde ifa, zaman içinde tekrarlanarak devam eder²⁴³. Burada bahsedilen sürekliliğin sözleşmenin ebediyen devam edeceği anlamına gelmediği açıktır²⁴⁴.

İş sözleşmesinin sona ermesi, her iki taraf bakımından da önemli sonuçlar doğurur. İşveren açısından bir işçisini kaybetmek ve yerine yeni bir işçi bulmak ihtiyacına yol açan bu durum, işçi açısından ise işsiz kalmak ve buna bağlı olarak gelir kaynağının kesilmesi anlamına gelmektedir²⁴⁵.

İşveren ve işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi, fesih ile sona erme ve fesih harici sebepler ile sona erme olarak iki başlıkta incelenebilir²⁴⁶.

Fesih dışı sona erme sebepleri; tarafların anlaşması, ölüm ve belirli süreli sözleşmeler için sözleşme süresinin sona ermesidir.

İş sözleşmesinin tarafları, aralarında anlaşmaya vararak sözleşmeyi herhangi bir zamanda sona erdirebilirler. Tarafların sözleşmeyi sona erdirme yönünde anlaşmalarına bozma sözleşmesi (ikale) adı verilmektedir. Hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi mümkündür²⁴⁷. İ kale, kural olarak fesih ile ilgili hükümlerden yararlanmayı engellediği için geçerliliği belli kurallara tabidir²⁴⁸.

İş sözleşmelerinin şahsi karakterli olması nedeniyle²⁴⁹ işçinin ölmesi halinde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği, TBK m. 440'da²⁵⁰ düzenlenmektedir.

²⁴² Ö. Ekmekçi ve E. Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 53; N. Çelik, N. Caniklioğlu, T. Canbolat ve E. Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım, İstanbul, 2023, s. 184.

²⁴³ Kaplan, a.g.e., s. 228.

²⁴⁴ E. Akyiğit, *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 224.

²⁴⁵ K. Arıcı, *Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 237.

²⁴⁶ Hekimler, a.g.e., s. 99.

²⁴⁷ H. H. Sümer, *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 97.

²⁴⁸ Ekmekçi ve Yiğit, a.g.e., s. 621.

²⁴⁹ Alp ve Korkmaz, a.g.e., s. 184.

²⁵⁰ TBK md. 40: “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”

İşverenin ölümü halinde ise iş sözleşmesi kural olarak kendiliğinden sona ermez. Bu durum ve istisnası TBK m. 441'de²⁵¹ düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, işverenin kişiliğinin de dikkate alınarak²⁵² yapıldığı sözleşmelerde, örneğin yaşlı bir kişi ve bakımını üstlenen hasta bakıcı arasındaki iş sözleşmesinde veya avukat ile katibi arasındaki iş sözleşmesinde, sözleşme, işverenin ölümü ile sona ermektedir²⁵³. Bu durum ancak işverenin gerçek kişi olması halinde mümkün olmaktadır²⁵⁴.

Çalışma hayatında olağan olan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir²⁵⁵. Fakat taraflar, belirli bir süre öngörerek de sözleşme yapabilirler. Bu halde sözleşme süresinin sona ermesi ile sözleşme kendiliğinden sona erer. Aynı şekilde, taraflar iş sözleşmesini belirli bir işin tamamlanmasına veya öngörülen bir olgunun meydana gelmesine de bağlayabilirler. Örneğin, binayı boyama işi için yapılan iş sözleşmesi, boyama işinin bitmesi ile kendiliğinden sona erecektir²⁵⁶.

İş sözleşmesinin fesih dışı sona ermesi durumlarında, ölçülülük ilkesi yeterli uygulama alanı bulamadığı için çalışmamızın bu bölümünü işverenin fesih hakkı çerçevesinde yapılan ölçülülük denetimini incelemeye ayırdık. Fesihte ölçülülüğe geçmeden belirtmek isteriz ki, ikale de işçi ve işveren arasında imzalanan bir sözleşme iken bu konuda ölçülülük denetimi yapılmasının yaygın olmaması, iş hukukunun temelindeki işçiyi koruma prensibine ters düşmektedir. Kanımızca, aralarındaki güç dengesizliği sabit olan taraflarca yapılan ve neticesi itibarı ile aralarındaki iş ilişkisini sona erdirmeye kuvvetindeki bu sözleşmenin ölçülülük çerçevesinde denetlenebilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin feshi anı, iş sözleşmesi çerçevesinde işçi ve işverenin menfaatlerinin en net biçimde karşı karşıya geldiği andır²⁵⁷.

²⁵¹ TBK md. 41: “İşverenin ölümü halinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir.”

²⁵² K. Tunçomağ ve T. Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 195.

²⁵³ Alp ve Korkmaz, a.g.e., s. 184.

²⁵⁴ Ekmekçi ve Yiğit, a.g.e., s. 608.

²⁵⁵ E. Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 244.

²⁵⁶ Sümer, a.g.e., s. 97.

²⁵⁷ A. Uçar, *İşverenin Hakkı Nedenle Fesih Hakkının Sınırlandırılması*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020, s. 129.

Fesih, bozucu yenilik doğuran bir hak ve hukuki işlemdir²⁵⁸. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı kullanılmalarıyla karşı tarafı etkileyen bir sonuç doğurdukları için kullanımlarının ölçülülük ilkesince denetlenmesi, tarafların ölçüsüz bir müdahaleye maruz bırakılmaması açısından önem arz etmektedir.

İş sözleşmesinin taraflarından her biri, fesih ile mevcut iş ilişkisini sona erdirebilir. Diğer tarafın feshi kabul etmesine ihtiyaç olmadığı gibi reddetme imkanı da yoktur²⁵⁹. Fesih anında, işçinin çalışma hakkı ile işverenin sözleşme özgürlüğü çatışmaktadır²⁶⁰.

İşveren, iş gücünü işletme menfaati kapsamında en verimli olacak biçimde organize etmeyi amaçlar. Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğünün de bir yansıması olarak; çalıştırdığı işçileri, işyerinin ihtiyacı doğrultusunda seçme ve ihtiyaç süresince çalıştırma hakkına sahiptir.

İşçinin iş sözleşmesinin devam etmesindeki menfaati korunmaya çalışılırken; işverenin, ekonomik olarak artık gerekli olmayan işçinin iş sözleşmesini feshetmedeki menfaatinin yok sayılmaması ve fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılmamasına özen gösterilmesi gerekmektedir²⁶¹.

Bununla birlikte, işverenin sahip olduğu fesih hakkının sınırsız olmadığı kuşkusuzdur. Zira, işverenin anılan menfaati, işçinin Anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma hakkı ile karşı karşıya gelmektedir. İşçinin çalışma hakkı yalnızca ekonomik bir menfaat olmayıp; bununla bağlantılı olarak gelir kazanma, sosyal yaşamda yer edinme, ailesinin geçimini sağlama gibi menfaatlerini de kapsamaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinin devamlılığının sağlanmasının, işçi açısından yaşamsal bir önem taşıdığı kabul edilmektedir²⁶².

Bu durum, çağdaş iş hukukunda, işverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması yönündeki eğiliminin temel gerekçesidir²⁶³.

²⁵⁸ Y. Yiğit, '4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi'. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 27, sayı: 3, 2019, 749- 784, s. 751; Alp ve Korkmaz, a.g.e., s. 186; Arıcı, a.g.e., s. 259; Kaplan, a.g.e., s. 235.

²⁵⁹ Kaplan, a.g.e., s. 231.

²⁶⁰ Birben, a.g.e., s. 68.

²⁶¹ Alp, a.g.e., 1999, s. 1520; Ugan Çatalakaya, a.g.e., s. 382.

²⁶² Birben, a.g.e., s. 71.

²⁶³ Ugan Çatalakaya, a.g.e., s. 382.

Ölçülülük ilkesinin, işverenin fesih hakkını nasıl etkilediğini incelemekten önce koşulları ve sonuçları bakımından farklılık gösteren fesih türlerini incelemekte fayda görüyoruz. İş Kanunumuzda fesih, bildirimli fesih ve bildirimsiz (haklı nedenle) fesih olarak iki ayrı başlıkta düzenlenmiştir.

3.1. Bildirimli Fesihte Ölçülülük Denetimi

İş sözleşmesinin, sürekli bir borç ilişkisi meydana getiriyor oluşu, bu ilişkinin sürekli devam etmesini gerektirmemektedir. Tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeyi diledikleri zaman bitirme imkanlarının yanında her iki tarafın da tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakları bulunmaktadır²⁶⁴.

Bazı durumlarda iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasına imkan tanınsa da esas itibarı ile yasa koyucu, iş ilişkisinin belirsiz süreli kurulmasından yola çıkmaktadır²⁶⁵. Belirli süreli iş sözleşmeleri, öngörülen sürenin bitmesi veya işin tamamlanması ile kendiliğinden sona erdiği için bildirimli fesih ile sona erdirilemezler. Ancak haklı bir nedenin varlığı halinde, bildirimsiz fesih yolu ile sona erdirilebilirler²⁶⁶.

İş sözleşmesinin ne zaman sona ereceğinin sözleşmede belirtilmemesi halinde, yapılan iş sözleşmesi belirsiz sürelidir²⁶⁷. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin hayat boyu devam etmesi düşüncesi ise ne kişi özgürlüğü ile ne de sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmaktadır²⁶⁸.

Anayasa'nın 48. maddesi²⁶⁹ ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğü, sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de kapsamaktadır²⁷⁰.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde olağan fesih yolu, bildirimli fesihtir²⁷¹. Bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde başvurulabilen ve

²⁶⁴ Kaplan, a.g.e., s. 228- 231.

²⁶⁵ Hekimler, a.g.e., s. 102.

²⁶⁶ Kaplan, a.g.e., s. 235.

²⁶⁷ R. Kurt ve M. Koç *İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 140.

²⁶⁸ M. Demircioğlu ve T. Centel, *İş Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 167; Alp ve Korkmaz, a.g.e., s. 186.

²⁶⁹ AY md. 48: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

²⁷⁰ Arıcı, a.g.e., s. 258.

²⁷¹ Arıcı, a.g.e., s. 258.

tarafların arasındaki iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesinin ardından sona erdiren bir irade beyanıdır²⁷².

Bildirimli fesih ile, taraflar herhangi bir neden gösterme zorunlulukları olmaksızın, belirli bir sürenin sonunda sözleşmeye son verme amacıyla, sözleşmenin feshini karşı tarafa bildirirler. Sözleşme bildirimin yapıldığı anda değil, belirtilen sürenin bitiminde sona ermektedir²⁷³.

Bildirim süresi içinde, iş sözleşmesi tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁷⁴. Bu sebeple bildirim süresi içindeyken tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri devam etmektedir²⁷⁵.

Tarafların bağlı oldukları süreler, İşK md. 17’de²⁷⁶ düzenlenmekte ve işçinin kıdemine göre hesaplanmaktadır. Kanunla öngörülen bu süreler nispi emredici nitelikte olup iş sözleşmesiyle arttırılabilirler, fakat azaltılamazlar²⁷⁷.

İşK. md. 17’ye göre, fesihten önce bu durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Kanunla belirlenmiş sürenin geçmesinden sonra, iş sözleşmesi sona ermektedir.

Başka bir deyişle, bildirimli fesihte, fesheden tarafın iradesini, kanunda belirlenen süre kadar önceden karşı tarafa iletmesi gerekmektedir²⁷⁸. Fesih için

²⁷² Sümer, a.g.e., s. 99.

²⁷³ Akyiğit, a.g.e., 2023, s. 256.

²⁷⁴ Sümer, a.g.e., s. 101.

²⁷⁵ Arıcı, a.g.e., s. 259.

²⁷⁶ İşK Madde 17: “Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş sözleşmeleri; a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır. Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile arttırılabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir. Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.”

²⁷⁷ E. Poyraz, *İş Hukuku- Şemalı Anlatımlı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 79; Arıcı, a.g.e., s. 260; Kurt ve Koç, a.g.e., s. 141.

²⁷⁸ Arıcı, a.g.e., s. 259.

bildirimden ardından belirli bir sürenin geçmesi gerektiği için bu feshi “sürelî fesih” de denilmektedir²⁷⁹.

İş Kanunumuzca kullanılan “bildirimli fesih” kavramı yerine uygulamada “sürelî fesih”, “önelli fesih”, “ihbarlı fesih”, “olağan fesih” kavramları da kullanılmaktadır²⁸⁰.

İş Kanunu md. 17 her ne kadar bildirimli feshin herhangi bir nedene dayanmak zorunda olmadan yapılabileceğini düzenlese de bir sonraki madde ile hangi koşulların varlığı halinde işverenin bildirimli feshi geçerli bir nedene dayandırmak durumunda olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenlemeden ötürü, bildirimli feshi; geçerli nedene dayanarak yapılan bildirimli fesih ve geçerli nedene dayanmadan yapılan bildirimli fesih olmak üzere iki başlık altında inceledik.

3.1.1. Geçerli Sebebe Dayanan Bildirimli Fesihlerde Ölçülülük Denetimi

Sosyal devlet kavramının ortaya çıkması, beraberinde hukukun birçok alanında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması politikasının benimsenmesini getirmiştir²⁸¹.

Bu kapsamda, işverenin sözleşme özgürlüğünce sahip olduğu sözleşmeyi sona erdirme serbestisinin işçi lehine sınırlanması hukuk devletinin bir gereğidir. Bu sınırlama, fesih hakkının keyfî olarak veya kötüye kullanılmasını önlemek ihtiyacının neticesi olarak ortaya çıkmıştır²⁸².

19. yüzyılda işverenin fesih hakkını kullanmasının tek sınırı hakkın kötüye kullanılması idi. Günümüzde ise temelinde ölçülülük ilkesinin bulunduğu iş güvencesi sistemi ile bu sınırlama daha kapsamlı bir hale getirilmiştir²⁸³.

²⁷⁹ Poyraz, a.g.e., s. 78.

²⁸⁰ Hekimler, a.g.e., s. 103.

²⁸¹ Ö. K. Evren, *İş Güvencesi El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 21.

²⁸² Arıcı, a.g.e., s. 266.

²⁸³ B. Kar, ‘Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sayı: 15, Eylül 2009, 60- 69, s. 60- 61.

İşçinin feshe karşı korunması (iş güvencesi) kavramının dünya çapında yasal düzenlemelere girişi, ikinci dünya savaşının ardından olmuştur²⁸⁴.

İş güvencesinin temeli, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1982 tarihli "158 sayılı Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi"ne dayanmaktadır. Türkiye, bu sözleşmeyi 1994 yılında kabul etmiştir²⁸⁵. İş güvencesinin İş Kanunumuza girişi ise uzun bir sürecin ardından²⁸⁶ 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²⁸⁷ ile gerçekleşmiştir.

İş güvencesi genel olarak, işçiyi keyfi işten çıkarmalara karşı korumak olarak tanımlanabilir. Bu noktada iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayanmasının gerekliliği, işçinin menfaatlerinin korunması açısından yeterli değildir. İş güvencesi ile getirilen sınırlamaların uygulama aşamasında yargı denetimine tabi olması da ölçülülük denetimi yapılabilmesi açısından önem arz etmektedir²⁸⁸.

İş güvencesi sisteminde, iş sözleşmesinin sürekliliği kural, fesih ise bir istisna olarak kabul edilmektedir²⁸⁹. İş güvencesi, dar anlamda, işverenin geçerli bir sebebin varlığı haricinde sözleşmeyi sona erdirememesini; geniş anlamda ise, işçinin feshin sonuçlarından olabilecek en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak tedbirleri ifade etmektedir²⁹⁰.

İş güvencesinin amacı, işveren tarafından yapılacak fesihleri önlemek ve işçiyi feshe karşı mutlak biçimde korumak değildir. İş güvencesi, işverenin keyfi feshini engellemeyi amaçlayarak iş ilişkisinin varlığının sürmesini hedeflemektedir²⁹¹.

²⁸⁴ M. Ekonomi, 'Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri'. *TÜSİAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi I*, İstanbul, 2005, s. 17.

²⁸⁵ Ekmekçi ve Yiğit, a.g.e., s. 642.

²⁸⁶ Y. Koç, 'İş Güvencesinin Öyküsü'. *Mülkiye Dergisi*, cilt: 26, sayı: 236, 2002, 131- 178, s. 155.

²⁸⁷ 09.08.2022 T., 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, *RG*, sayı: 24847, 15.08.2002.

²⁸⁸ Kaplan, a.g.e., s. 249.

²⁸⁹ Ö. Kont, *İş Kanunu'nda Geçersiz Sebeple Yapılan Fesih Ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 15.

²⁹⁰ M. Alp, 'İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)'. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 5, sayı: 1, 2003, 1-40, s. 1; Kont, a.g.e., s. 16.

²⁹¹ Ekonomi, a.g.e., s. 25.

İş güvencesi ve hangi koşullarda uygulanacağı, İş Kanunumuzun, “Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması” başlıklı 18. maddesinde²⁹² düzenlenmektedir.

Bu maddeye göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. Geçerli nedenle fesih işveren hem bildirim sürelerine uymakla hem de feshi geçerli bir nedene dayandırmakla yükümlüdür²⁹³.

Kanun maddesinde de düzenlendiği üzere, geçerli nedene dayanan fesih, iki başlık altında incelenebilir: İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesih ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih.

Geçerli kabul edilecek fesih nedenlerini ayrıntılı ve somut olaya yönelik şekilde düzenlemek mümkün değildir²⁹⁴. Bu sebeple feshin geçerli nedene dayandığı iddiasının, her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun maddesinde soyut olarak sayılan geçerli nedenlerin kapsamı, verilen yargı kararlarıyla belirlenmektedir²⁹⁵.

Bunun yanında, feshin geçerliliğinin tespitinde kullanılan birtakım ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler kanunla düzenlenmiş olmasalar da zaman zaman yargı denetimi sürecinde kullanılmaktadırlar. Bunlar, feshin son çare olması ilkesi ve sosyal

²⁹² İşK Madde 18: “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. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz. 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 veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler. e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık. 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.”

²⁹³ Arıcı, a.g.e., s. 268.

²⁹⁴ Ekonomi, a.g.e., s. 45.

²⁹⁵ Tunçomağ ve Centel, a.g.e., s. 209.

seçim ilkesidir²⁹⁶. Ayrıca Yargıtay feshin geçerliliğini değerlendirirken keyfilik, tutarlılık ve yerindelik denetimi yapmaktadır²⁹⁷.

Feshin son çare olması ilkesi, işverenin fesih hakkını kullanmadan önce kullanabileceği tüm diğer yolları tüketmiş olması ve başka hiçbir çaresinin kalmamış olmasını ifade eder. Burada aranan, işverenin iş ilişkisini sürdürmek için gerekli çabayı göstermiş olmasıdır. Kanunda direkt bir düzenlemesi olmayan feshin son çare olması ilkesinin hukuki dayanağı ölçülülük ilkesidir²⁹⁸. Feshin son çare olması ilkesi, ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından olan gereklilik ile örtüşmektedir²⁹⁹.

Feshin son çare olması ilkesi kapsamında, işçinin fesihten önce başka bir işte veya varsa işverenin başka bir işyerinde çalıştırılmasının işçiye önerilmiş olması gerekmektedir³⁰⁰.

Yargıtay, feshin son çare olması ilkesini ilk kez 2003 tarihli bir kararında³⁰¹ açıkça kullanmıştır. Bu kararın ardından, feshin ölçülülüğünü denetlediği kararlarında³⁰² feshin kaçınılmaz olup olmadığını değerlendirmiş, gerekçelerinde “feshin son çare olması ilkesi” kavramına özellikle yer vermiş ve yerleşik içtihatlarında³⁰³ bu kavramı istikrarla kullanmıştır.

²⁹⁶ Arıcı, a.g.e., s. 272.

²⁹⁷ S. Taşkent, ‘Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 1, sayı: 21, 2011, 15-24, s. 20.

²⁹⁸ Arıcı, a.g.e., s. 273.

²⁹⁹ Alp, a.g.e., 1999, s. 1522; Kılıçoğlu ve Şenocak, a.g.e., s. 199.

³⁰⁰ A. Kıvrakdal, ‘İşletme Gerekliliği İle İş Sözleşmesinin Feshi’, Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2018, s. 218- 219.

³⁰¹ “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 kısaltılmak, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadağı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır.” Yargıtay 9. HD. 8.7.2003 T., 2003/12442 E., 2003/13123 K., www.lexperacom.tr, E.T: 19.08.2024.

³⁰² Yargıtay 9. HD. 21.4.2016 T., 2015/29110 E., 2016/10087 K.; Yargıtay 9. HD. 23.3.2016 T., E. 2016/573 E., 2016/6981 K.; Yargıtay 9. HD. 20.11.2014 T., 2014/17993 E., 2014/34826 K., www.lexpera.com, E.T: 20.08.2024.

³⁰³ Yargıtay 9. HD. 2019/430 E., 2019/12440 K., 29.05.2019 T., Yargıtay 9. HD., 2019/881 E., 2019/10723 K., 13.05.2019 T., Yargıtay 9. HD., 2018/3152 E., 2018/21781 K., 28.11.2018 T., Yargıtay 22. HD., 2018/13341 E., 2018/20512 K., 01.10.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/9730 E., 2018/19040 K., 18.09.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/9764 E., 2018/18084 K., 10.09.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/6195 E., 2018/17259 K., 05.07.2018 T., Yargıtay, 22. HD, 2018/9147 E., 2018/16112 K., 27.06.2018 T., Yargıtay 9. HD, 2017/26634 E., 2018/12155 K., 30.05.2018 T., Yargıtay 9. HD, 2017/25404 E., 2018/11173 K., 21.05.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/2630 E., 2018/8727 K., 17.04.2018 T., Yargıtay 9. HD., 2017/20895 E., 2018/4060 K., 26.02.2018 T., Yargıtay 9. HD., 2017/19777 E., 2018/2427 K., 12.02.2018 T., Yargıtay 22. HD., 2017/44497 E., 2017/28085

Geçerli nedenle feshin denetiminde kullanılan ilkelerden bir diğeri, sosyal seçim ilkesidir³⁰⁴. Bu ilke, işverenin birden fazla işçinin sözleşmesini feshedeceği durumlarda, sonuçları bakımından en az mağduriyet yaratacak olan işçinin sözleşmesinin feshedilmesini öngörmektedir.

İlkenin uygulaması; çocuğu olan ve olmayan işçilerin arasından çocuğu olmayan işçinin seçilmesi, çocuklu işçiler arasından ise daha az çocuklu olanın seçilmesi şeklinde örneklendirilebilir. İşverenin özellikle işletme nedenleri ile birden fazla işçinin iş sözleşmesini sonlandıracağı durumlarda, bu ilkeyi gözetmesi beklenmektedir³⁰⁵.

İşK. md. 18 kapsamında, geçerli nedene dayanan bildirimli feshin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerle veya işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle yapılabileceği öngörüldüğü için, çalışmamızda ölçülülük ilkesinin uygulanmasını bu iki başlık altında inceledik.

3.1.2.1. İşçinin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde Ölçülülük Denetimi

İşçiden kaynaklanan sebeplere dayanan fesih ile hedeflenen, işyerinde meydana gelen iş akışındaki veya işyerinin normal yürüyüşündeki aksamaların giderilmesidir³⁰⁶.

Yargıtay, yerleşik içtihatlarında³⁰⁷ işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte amacın, işçiyi sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal ettiği için cezalandırmak değil; bu ihlalin tekrarlanmasından kaçınmak olduğunu vurgulamaktadır.

K., 07.12.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/43758 E., 2017/25043 K., 16.11.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/42880 E., 2017/24902 K., 15.11.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/42756 E., 2017/23739 K., 01.11.2017 T., Yargıtay 9. HD., 2016/25046 E., 2017/16208 K., 19.10.2017 T., Yargıtay 9. HD., 2022/3162 E., 2022/4954 K., 20.04.2022 T., Yargıtay 22. HD., 2017/42204 E., 2017/21619 K., 12.10.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/40845 E., 2017/21335 K., 10.10.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/38787 E., 2017/18656 K., 20.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/37981 E., 2017/18290 K., 18.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/38240 E., 2017/18177 K., 18.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/37577 E., 2017/17494 K., 12.09.2017 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024; Yargıtay 9. HD., 2019/166 E., 2019/12182 K., 27.05.2019 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁰⁴ Ö. Eyrenci, S. Taşkent ve D. Ulucan, *İş Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 190.

³⁰⁵ Arıcı, a.g.e., s. 273.

³⁰⁶ Alp, a.g.e., 2019, s. 1528.

³⁰⁷ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin geçerli nedenle fesih sebebi sayılabilmeleri için işyerinde bir olumsuzluk yaratmış ve iş sözleşmesinin devamının işveren açısından beklenemez hale gelmiş olması gerekmektedir³⁰⁸. İşçinin işyeri ve iş ilişkisine herhangi bir olumsuz etkide bulunmayan davranışları geçerli fesih sebebi sayılmaz³⁰⁹.

İş güvencesini düzenleyen İşK. md. 18'in gerekçesinde, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan fesih sebeplerine örnek olarak: “*ortalama olarak benzeri iş görenlerden daha az verimli çalışma; gösterildiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendisini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yeterliliğinin azlığı, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma gibi hallerdir.*”³¹⁰ sayılmaktadır.

Yasa koyucu İşK md. 18’de kelime seçimini her ne kadar yeterlilik kelimesinden yana yaptıysa da öğretide ve uygulamada bu kavram işçinin yetersizliği olarak kullanılmaktadır³¹¹. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler, İşK md. 18’in gerekçesinden yola çıkarak fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olarak iki başlık altında incelenebilir.

İşK md. 18’in gerekçesinde sayılan işe yatkın olmama, işin yapılmasında eksiklik gösterme, uyum gösterememe, dikkat azlığı, çalışma temposunu sürdürememe, kendini geliştirme yeteneğinden yoksun olma halleri, mesleki yetersizliğe örnek gösterilebilir³¹².

kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Yargıtay 9. HD. 2019/3669 E., 2019/20770 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2019/3668 E., 2019/20769 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2017/27750 E., 2018/14417 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁰⁸ Kar, a.g.e., s. 64- 65.

³⁰⁹ Sümer, a.g.e., s. 105; Arıcı, a.g.e., s. 271.

³¹⁰ ‘TBMM 893 no’lu Komisyon Raporu’, www.tbmm.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³¹¹ Kont, a.g.e., s. 42.

³¹² A. Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 110.

Mesleki yetersizlik halleri, performans ve verim düşüklüğüne neden olmaktadır. Yargıtay, performansı “*en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesi*”³¹³ olarak tanımlamıştır. Yargıtay, kararlarında objektif bir performans değerlendirmesi için kriterlerin önceden saptanmış ve işçiye bildirilmiş olmasını aramaktadır³¹⁴. Ayrıca değerlendirmenin objektif ve somut olarak yapılmasının gerekliliği üzerinde durmaktadır. Engelli işçi ile sağlıklı işçinin, deneyimli işçi ile deneyimsiz işçinin, gece vardiyasındaki işçi ile gündüz vardiyasındaki işçinin performanslarının aynı kriterlere göre değerlendirilmesi, aranan objektiflik kriterine aykırılık teşkil edecektir³¹⁵.

Fiziki yetersizlik hallerinin başında işçinin sağlık temelli sorunları bulunmaktadır. İşçinin hastalık hali tek başına yetersizlik değildir, burada dikkat edilmesi gereken hastalığın iş görme borcunu olumsuz etkileyip etkilemediğidir.

Fiziki yetersizliği, işçinin iş görme borcunu gereği gibi ifa edememesine yol açan çalışma gücü eksikliği olarak tanımlamak mümkündür³¹⁶.

Feshin geçerli sayılabilmesi için işçinin iş görme edimini gereği gibi yerine getirememesine yol açan ve süreklilik arz eden yetersizliğin yalnızca sözleşmenin

³¹³ “Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.” Yargıtay 9. HD., 2017/411 E., 2017/18515 K., 20.11.2017 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³¹⁴ “Yetersizlikten kaynaklanan sebepler; işçinin ortalama benzer işi görenlere göre daha az verimli çalışması, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olması, iş yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendisini geliştirme konusunda yetersiz kalması, sık sık hastalanması, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalığa yakalanması ve uyum yeterliliğinin azalması gibi işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Objektif bir performans değerlendirmesi için, personelin görev tanımı ve performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı ve işçiye tebliğ edilmelidir. Değerlendirme çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak yapılmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performanslarının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Değerlendirmede işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen ... ve kişisel gelişim hedefleri ile personelin bunları gerçekleştirme oranı esas alınmalıdır. Geçici nitelikte ve kısa süreli davranış ve sonuçlar değerlendirmede göz önünde bulundurulamaz.” Yargıtay 22. HD. 2018/12201 E., 2018/21833 K., 11.10.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³¹⁵ A. Sarı, *İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 149.

³¹⁶ Karademir, a.g.e., s. 110.

feshi anında olması kafi gelmemekte, gelecekte de devam edeceğinin öngörülebiliyor olması gerekmektedir³¹⁷.

İşçinin yetersizliğinin kendi kusurundan kaynaklanmadığı hallerde dahi, işverenin sözleşmeyi geçerli nedene dayanarak feshettiği kabul edilebilmektedir³¹⁸.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine yol açacak ağırlıkta olmayan sözleşmeye aykırılık halleridir³¹⁹.

İş güvencesini düzenleyen İşK. md. 18'in gerekçesinde, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler: *“İş Kanununun 17. Maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte işçinin hizmet akdine aykırı davranışları olabilir. Bunlara örnek olarak işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma; arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak gibi haller verilebilir.”*³²⁰ olarak örneklendirilmiştir.

Yargıtay'ın da yerleşik içtihatlarında kabul ettiği üzere, işçinin davranışlarından kaynaklanan feshin geçerli sayılabilmesi için öncelikle iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmiş olması gerekmektedir³²¹.

³¹⁷ M. H. Barca, *İş Sözleşmesinin Mesleki Yetersizlik (Performans) Nedeniyle Feshi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.162.

³¹⁸ Kont, a.g.e., s. 46.

³¹⁹ Barca, a.g.e., s. 153.

³²⁰ 'TBMM 893 no'lu Komisyon Raporu', www.tbmm.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³²¹ “İşçinin davranışlarına dayanan fesih, herşeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir.” Yargıtay 9. HD. 2019/3669 E., 2019/20770 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2019/3668 E., 2019/20769 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2017/27750 E., 2018/14417 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

Ayrıca Yargıtay, bu ihlalin kasıtlı olması şartını aramamaktadır. İşçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü göstermediği durumlarda da işveren sözleşmeyi geçerli nedene dayanarak feshedebilecektir³²².

Yargıtay'ın iş sözleşmesinin devam etmesinin işveren için olumsuzluk yarattığının kanıtlanamadığı durumda feshin geçerli olmadığına hükmettiği bir kararına³²³ konu somut olayda; bilgisayar uzmanı olan davacı işçi, işyerindeki bilgisayarların temizlik, yedekleme, bakım ve onarım işlerini yapmakla görevlidir. Görevi gereği eriştiği bilgisayarda davalı işverenin işçilerine ilişkin zam bilgilerine ulaşmış ve işçiler arasında farklı ücret uygulaması yapıldığını fark eden davacı işçi, mağduriyetini göstermek adına bu bilgileri davalının bir diğer çalışanı olan amiriyle paylaşmıştır. Davalı işveren tarafından, bu eylemin doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmadığı, güveninin kötüye kullanıldığı ve iş sözleşmesini devam ettirmenin kendisinden beklenemeyeceği gerekçeleriyle sözleşme geçerli nedene dayanarak feshedilmiştir. Yargıtay, kararında eşit işlem ilkesinin gizlilik ilkesinden önce geldiğini belirtmiş ve işçinin bu konu ile ilgili amiri ile görüşmüş olmasının gizliliği ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. İşverenin, işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluğa neden olduğunu kanıtlayamamasına da dayanarak feshin geçerli nedene dayanmadığını belirtmiştir.

³²² “İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arzedeabileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.” Yargıtay 9. HD. 2019/3669 E., 2019/20770 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2019/3668 E., 2019/20769 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2017/27750 E., 2018/14417 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³²³ “Dolayısı ile aynı yerde çalışan işçilere verilen ücretlerin, yapılan zam oranlarının eşit işlem borcu kapsamında denetlenebilmesi için işçi tarafından bilinmesi gerekir. Eşit işlem ilkesi gizlilik ilkesinden önce gelir. İşçinin aynı işte ve aynı kıdemde iken aldığı ücret ve zam oranının, kriterler belli değil ise diğer işçilere göre farklı olup olmadığını bilmesi gerekir. Bu durumda da işyerinde alınan ücretlerin ve zam oranlarının kötüniyetle kullanılmadığı sürece işçi açısından gizliliğinden sözedilemez. Dosya içeriğine göre davacı işçi işyerinde bilgisayar uzmanı olup, teknik destek elemanı olarak bilgisayarları kontrol görevi vardır. Teknik bakım sırasında kontrol ettiği bilgisayarda işyerinde çalışanların ücreti ve yapılacak zam oranlarını öğrenmiş ve bu bilgiyi, kendisi açısından olumsuz olması nedeni ile amiri konumundaki kişi ile paylaşmıştır. Öğrendiği bu belgenin kendisi açısından olumsuz olması ve hak arama kapsamında amirine iletmesi gizliliği ihlal ettiğini göstermez. İşveren davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını da kanıtlayamamıştır. Bu neden davacının iş akdinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 9. HD., 2016/24041 E., 2017/15069 K., 05.10.2017 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

İşverenin, işçiye daha az zam yapmış olmasını haklı ve objektif bir nedenin varlığına dayandırması gerekmektedir, aksi takdirde Yargıtay işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini kabul etmektedir³²⁴.

Yargıtay, işçinin davranışlarından kaynaklanan feshi, işçinin yasak olduğunu bildiği eylemi yapmaya devam etmesi durumunda geçerli saymaktadır³²⁵.

Yargıtay'ın feshin geçerliliğinin tespitinde değerlendirdiği kriterlerden biri işçinin yazılı olarak uyarı alıp almadığıdır³²⁶. İşveren tarafından yazılı uyarıda bulunulması hem feshin son çare olması ilkesi ile örtüşmektedir hem de işçinin söz konusu davranışının yasak olduğunu bildiğini ispat etmeye yaramaktadır.

İşverenin, işçiden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmesindeki amaç, söz konusu davranışların tekrarlanmasını önlemektir. Bu sebeple, işçinin feshe konu davranışlarının önüne geçmek için fesihten önce uygulanabilecek alternatif bir yol var ise öncelikle bu yolun denenmiş olması, feshin geçerliliğini etkilemektedir.

Örneğin, işçinin, sözleşmeyi ihlal eden davranışı, çalıştığı yer ile doğrudan bağlantılıysa, işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesi ile bu riskten kurtulmak mümkün olabilecektir³²⁷.

³²⁴ S. Süzek, 'İşverenin Eşit Davranma Borcu'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 4, sayı: 12, 2008, 24-38, s. 28.

³²⁵ "İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtarla konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır." Yargıtay 9. HD. 2019/3669 E., 2019/20770 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2019/3668 E., 2019/20769 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2017/27750 E., 2018/14417 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³²⁶ "...Bunun üzerine davalı şirketin davacı işçiye 01.04.2016 tarihinde ikinci kez yazılı uyarı verdiğini, 07.06.2016 tarihinde davacı işçinin 25.05.2016 ve 27.05.2016 tarihinde davalı şirkette çalışma kurallarına açıkça aykırı bir şekilde bünyesinde çalıştığı projeden elde edeceği prime haksız kazanç sağladığının anlaşıldığı, uyarılmasına rağmen işlemlere devam ettiğinin anlaşılmaması ve bu hususlarda alınan savunmaları değerlendirildiğinde; davacının kendisine bildirilmesine rağmen yasak olan işlemleri yapmaya devam ettiği ve artık işverenin davacı ile çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği anlaşılmakla davacının iş sözleşmesinin feshine neden olan davranışları haklı neden ağırlığında olmasa da geçerli neden oluşturduğundan mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır." Yargıtay 9. HD. 2019/3669 E., 2019/20770 K., 25.11.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³²⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak, a.g.e., s. 202.

Bu sebeple, bu davranışın tekrarlamasını önleyecek daha hafif bir aracın var olup olmadığı ölçülülük denetiminin konusu olacaktır. Yargıtay, yerleşik içtihatlarında bu hususu vurgulamaktadır³²⁸.

Yargıtay, ölçülülük denetimi yaptığı kararlarında, iş sözleşmesinin işveren açısından katlanılamaz hale geldiğini tespit ettiğinde feshin geçerli olduğuna hükmetmektedir.

Örneğin, Yargıtay kararına³²⁹ konu somut olayda davacı işçi, şoför olarak çalıştığı işyerinde bir müşterinin aracını kullandığı sırada, savunmasında kendisinin de beyan ettiği üzere yanlışlıkla geri vitese takması sebebiyle arkadaki kamyonu çarparak hem müşterinin aracında hem kamyonunda maddi hasara sebebiyet vermiştir. Dosyadaki bilirkişi raporu ile davalı işverenin, işçinin ehliyeti olmadığını bildiği halde C sınıfı sürücü belgesi gerektiren bir araç kullandığı için %50 kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Davacı işçinin maaşı 1350 TL iken kusuru ile orantılı olarak hesaplandığında işverene 3000 TL tutarında bir zarar vermiştir. Yargıtay, kazanın davacının ikrar ettiği üzere işçinin hatası sonucu gerçekleştiği ve bu hatanın ehliyet sınıfı ile bir ilgisi olmadığını vurgulamış ve feshin geçerliliğini kabul etmiştir.

Yargıtay, bir başka kararında davacı işçinin kendisine verilen görevleri yerine getirmemesi, mesai saatleri içinde uyuması ve zaman zaman görev yerinde

³²⁸ “Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.” Yargıtay 9. HD. 2019/3669 E., 2019/20770 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2019/3668 E., 2019/20769 K., 25.11.2019 T., Yargıtay 9. HD. 2017/27750 E., 2018/14417 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³²⁹ “Dosya içeriğine göre; davalılar arasında, ithalat- ihracat için limana yanaşan motorlu araç taşıyan (otobüs, iş makinası vb. dahil) gemilerin tüm elleçleme işlerinin temini konusunda hizmet sözleşmesi düzenlendiği, davacının iş akdinin 25.06.2016 tarihinde “17.06.2016 tarihinde şirketin nakliyesini yaptığı müşteri aracını sevk ve idare ederken arka vitese geçirip arkada bulunan M/V Sea Amazon gemisine yüklenen HOWO marka kamyonu çarparak hasar vermesi nedeniyle feshedildiği, kazanın davacı işçinin savunmasında da ikrar ettiği üzere “vitesi ileri geri yaparak birinci vitese takmaya çalışırken geri vitese alarak maddi hasarla sonuçlanan kazaya sebebiyet verdiğinin tespit edildiği, bu hususun ehliyetin sınıfı ile ilgisinin olmayıp, davacı işçinin dikkatsiz ve tedbirsiz davranışı sonucu gerçekleştiği, dosyada yer alan bilirkişi raporunda da, davacı işçinin %50 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi gerekmekte olup 4857 sayılı İş Yasasının 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.” Yargıtay 9. HD. 2018/3415 E., 2018/21992 K., 03.12.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

bulunmaması durumlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığını kabul etmiş ve yapılan feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir³³⁰.

3.1.2.2. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde Ölçülülük Denetimi

Ekonomik ve teknolojik alanda yaşanan gelişmelere bağlı olarak işverenin işyerindeki verimi artırmak adına işyerini yeniden yapılandırma gereksinimi meydana gelebilmektedir³³¹. İşverenin bu doğrultuda aldığı kararlara işletmesel karar denmektedir.

İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihte, işverenin aldığı bir işletmesel karar mevcuttur³³². İşverenin amacı işletmenin ekonomik verimliliğini arttırmaktır. İşveren, bu amaca ulaşmak için işletmesel kararlar almakta serbesttir. Diğer tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi bu serbesti de sınırsız olmayıp, sınırları ölçülülük ilkesiyle çizilmeye çalışılmaktadır.

İşletmesel karar kavramının kanunumuzda bir tanımı bulunmamaktadır. Yargıtay, bu eksikliği gidermek için bu konuda verdiği kararlarında³³³ öncelikle

³³⁰ “Somut uyumsuzlukta, davacının iş akdi 03.05.2016 tarihinde verilen görevleri yerine getirmediği, mesai saatinde uyuduğu, görev yerinde zaman zaman bulunmadığı gerekçesiyle feshedilmiştir. Dosyaya sunulan proje müdürü, gıda mühendisi ve davacı tarafından imzalanan 24.03.2016 tarihli tutanakta davacının mesai saatleri içinde üstlerinden izinsiz yattığı belirtilmiş, proje müdürü, gıda teknikeri ve davacı tarafından imzalanan 07.04.2016 tarihli tutanakta davacının verilen görevi yerine getirmediği belirtilmiş olup proje müdürü, gıda mühendisi, gıda teknikeri ... ve ... tarafından imzalanan tarihsiz tutanakta ise davacının mesai saatleri içinde verilen görevleri yerine getirmediği, iş dışı işlerle uğraştığı mesai saatleri içinde üstlerinden habersiz hastane içinde kaybolduğu, iş tanımının dışında işlerle ilgilendiği belirtilmiştir. Davacının da imzası bulunan ve itiraz edilmeyen tutanaklardan davacının bu tutanaklarda bahsedilen eylemleri ile işyerinde olumsuzluğa yol açtığı, kendisine verilen görevleri yerine getirmediği, işverenin davacı ile çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği anlaşılmakla davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmakta olup mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Bölge Adliye Mahkemesi’nin temyiz edilen kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve Dairemizce 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/3. maddesi uyarınca aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 9. HD. 2017/27750 E., 2018/14417 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³³¹ Hekimler, a.g.e., s. 114.

³³² Kont, a.g.e., s. 48.

³³³ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde işletmenin, iş yerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, iş yeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, iş yerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, iş yeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih

istikrarla işletmesel karar kavramını tanımlamaktadır. Yargıtay kararlarına göre işveren, işletmesel kararın amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olup bu kararlar yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. Ayrıca Yargıtay, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle yapılan fesihlerde yargısal denetim yapılabilmesi adına mutlaka bir işletmesel karar alınmış olması gerektiğini vurgulamaktadır.

İş güvencesini düzenleyen İşK. md. 18'in gerekçesinde, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, işyeri dışından kaynaklanan sebepler ve işyeri içinden kaynaklanan sebepler olarak iki başlık altında değerlendirilmiştir³³⁴. Gerekçeye göre işyeri dışından kaynaklanan sebepler, “*Sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi*” olarak, işyeri içi sebepler ise “*Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.*” olarak örneklendirilmiştir.

İşveren, işletmesel kararın amacını ve içeriğini belirlemekte özgürdür. Burada ölçülülük denetimine tabi olan; alınan işletmesel kararın feshi gerekli hale getirip

işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve iş yeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, iş yeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.” Yargıtay 9. HD, 2019/430 E., 2019/12440 K., 29.05.2019 T., Yargıtay 9. HD., 2019/881 E., 2019/10723 K., 13.05.2019 T., Yargıtay 9. HD., 2018/3152 E., 2018/21781 K., 28.11.2018 T., Yargıtay 22. HD., 2018/13341 E., 2018/20512 K., 01.10.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/9730 E., 2018/19040 K., 18.09.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/9764 E., 2018/18084 K., 10.09.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/6195 E., 2018/17259 K., 05.07.2018 T., Yargıtay, 22. HD, 2018/9147 E., 2018/16112 K., 27.06.2018 T., Yargıtay 9. HD, 2017/26634 E., 2018/12155 K., 30.05.2018 T., Yargıtay 9. HD, 2017/25404 E., 2018/11173 K., 21.05.2018 T., Yargıtay 22. HD, 2018/2630 E., 2018/8727 K., 17.04.2018 T., Yargıtay 9. HD., 2017/20895 E., 2018/4060 K., 26.02.2018 T., Yargıtay 9. HD., 2017/19777 E., 2018/2427 K., 12.02.2018 T., Yargıtay 22. HD., 2017/44497 E., 2017/28085 K., 07.12.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/43758 E., 2017/25043 K., 16.11.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/42880 E., 2017/24902 K., 15.11.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/42756 E., 2017/23739 K., 01.11.2017 T., Yargıtay 9. HD., 2016/25046 E., 2017/16208 K., 19.10.2017 T., Yargıtay 9. HD., 2022/4954 K., 20.04.2022 T., Yargıtay 22. HD, 2017/42204 E., 2017/21619 K., 12.10.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/40845 E., 2017/21335 K., 10.10.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/38787 E., 2017/18656 K., 20.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/37981 E., 2017/18290 K., 18.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/38240 E., 2017/18177 K., 18.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/37577 E., 2017/17494 K., 12.09.2017 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024; Yargıtay 9. HD., 2019/166 E., 2019/12182 K., 27.05.2019 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

³³⁴ TBMM 893 no’lu Komisyon Raporu’, www.tbmm.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

getirmediği, fesih öncesi tüketilebilecek başka bir yol bulunup bulunmadığı ve alınan kararın tutarlı uygulanıp uygulanmadığıdır³³⁵.

Yargıtay, işletmesel kararın yerindelik denetimine tabi olamayacağını kararlarında sıkça dile getirmektedir³³⁶. Hatta kararlarında, işverence alınan işletmesel kararın hatalı olması durumunda dahi yargı denetimine konu edilemeyeceğinin altını çizmektedir³³⁷.

İşletme gerekleriyle yapılan feshin geçerliliğinin ölçülülük kapsamında değerlendirilmesinde, tutarlılık denetimi, keyfilik denetimi ve feshin son çare olması ilkelerinden faydalanılmaktadır.

³³⁵ “İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, iş yeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, iş yerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. 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.” Yargıtay 9. HD, 2019/430 E., 2019/12440 K., 29.05.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³³⁶ “İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.” Yargıtay 9 HD., 2019/166 E., 2019/12182 K., 27.05.2019 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

³³⁷ “İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, “gizli, örtülü” işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu’nun 18’nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir. İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu’nun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir.” Yargıtay 22 HD., 2019/3100 E., 2019/11547 K., 23.05.2019 T., Yargıtay 9 HD, 2019/881 E., 2019/10723 K., 13.05.2019 T., Yargıtay 9 HD, 2018/3152 E., 2018/21781 K., 28.11.2018 T., Yargıtay 9 HD, 2018/7535 E., 2018/17709 K., 08.10.2018 T., Yargıtay 22 HD, 2018/6195 E., 2018/17259 K., 05.07.2018 T., Yargıtay 9 HD, 2017/26634 E., 2018/12155 K., 30.05.2018 T., Yargıtay 9 HD, 2017/25404 E., 2018/11173 K., 21.05.2018 T., Yargıtay 9 HD., 2017/20895 E., 2018/4060 K., 26.02.2018 T., Yargıtay 9 HD., 2017/19777 E., 2018/2427 K., 12.02.2018 T., Yargıtay 9 HD., 2016/25046 E., 2017/16208 K., 19.10.2017 T., Yargıtay 9 HD., 2022/3162 E., 2022/4954 K., 20.04.2022 T., Yargıtay 22. HD., 2017/37981 E., 2017/18290 K., 18.09.2017 T., Yargıtay 22. HD., 2017/38240 E., 2017/18177 K., 18.09.2017 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak fesihten önce, feshin son çare olması kapsamında atılacak önleyici adımlardan biri, işçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılması suretiyle iş ilişkisini devam ettirilmesidir³³⁸.

Yargıtay, fazla çalışmaların kaldırılması, geçici iş ilişkilerine son verilmesi, kısa süreli çalışma uygulanması ve kısmi süreli çalışmaya geçilmesini, feshin son çare olması ilkesi kapsamında alınacak önlemlerden kabul etmektedir³³⁹.

Yargıtay, bir kararında³⁴⁰, işveren tarafından ücretsiz izin uygulamasına geçildiğinin, toplu işten çıkarma konusunda İŞKUR'a müracaat edildiğinin, işçinin de çalışabileceği bölümlere yeni işçi alınmadığının hatta altı ay sonra bu bölümün tamamen kapatıldığının ve diğer çalışanların da sözleşmelerinin feshedildiği hususlarının tespitine karşın; davacı işçinin ek eğitim verilerek başka işlerde çalıştırılması yolunun değerlendirilmemesi nedeniyle, feshin son çare ve ölçülü

³³⁸ İ. Gürsel, 'Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihten Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 2, sayı: 40, 2018, s. 105.

³³⁹ Ugan Çatalkaya, a.g.e., s. 404.

³⁴⁰ Yerel mahkemeye bilirkişi heyetinden rapor aldırılmış olup bilirkişi heyetince davalı işveren tarafından öne sürülen işletmesel kararın, özellikle şirketin faaliyet gösterdiği şekerleme Gıda Sektöründe fesih konusu olan Tahinli üretiminin iptali, şirketin iç denetiminden (ekonomik veriler) işyerinin fesih kararı uygulamasında fesih öncesi tutarlılık, ölçülülük, keyfi davranmama ilkelerinin uygun bir şekilde uygulandığı ve davranıldığı, işçi sayısının düşürülmesine yönelik alınan işletmesel kararın denetlenmesinde; davacı gibi el becerisi sınırlı olan düz işçilerin işyerinde değerlendirilebileceği bölümler kestane paketleme-bulaşıkçı (diğer hizmetler) bölümleri olarak gözükmekte olup bu bölümlere işçi alımı yapılmadığının görülmesi, fazla mesai yapılmadığı, yıllık izin ile ilgili işçilerle çalışma yapıldığı, çalışma koşullarında esnek çalışma ve vardiya sayısında değişiklik olmadığı, çalışma koşullarının değişimi konusunda açıklamanın işveren tarafından (Ücretsiz izin) yapıldığı, toplu işten çıkarma konusunda İŞKUR kurumuna müracaat edildiği, fesih konusu Tahinli üretimi, fesih öncesi ekonomik sıkıntı ve sipariş düşüklüğü konusu ve kapsamı değerlendirildiğinde davacı işçinin istihdamını engelleyen bir fesih gerekçesi olduğu, davacının çıkış işleminin yapılmasından sonra bu bölüme işçi alınmaması aksine yaklaşık olarak 6 ay sonra bu bölüm tümünden kapatılıp, çalışanların hizmet akitlerinin sonlandırıldığı hususları ile birlikte davalı işveren tarafından öne sürülen işletmesel kararın sipariş iptali ile bölüm kapanması değerlendirildiğinde, işletmesel kararın tutarlılık, ölçülülük, keyfi davranmama konusunda ilkelerinin uygun bir şekilde uygulandığı yönünde görüş bildirilmiştir. Bilirkişi raporundaki tespitler ile dosya içeriğine göre feshin geçerli nedene dayandığı ispatlanmıştır. Bölge Adliye Mahkemesince bilirkişi heyeti tarafından davalı işverenin işyeri kayıtları ve ekonomik verileri, işe alınan ve işten çıkarılan işçilerin listeleri incelenerek davalı işverenin işletmesel kararın tutarlılık, ölçülülük, keyfi davranmama konusunda ilkelerinin uygun bir şekilde uygulandığı, davacının çalıştığı bölümün kapatıldığı, bölümdeki işçileri toplu şekilde işten çıkarıldığı ve davacının başka bölümde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönünde görüş bildirilmesine rağmen davacının başka işlerde ek eğitim verilmek suretiyle değerlendirilmediği, çıkartılacak işçiler seçilirken keyfi hareket edildiği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı ve davacının fesih işleminin geçerli ve haklı nedenlere dayanmadığı şeklindeki soyut gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9 HD, 2018/7535 E., 2018/17709 K., 08.10.2018 T., Yargıtay 9 HD, 2017/25404 E., 2018/11173 K., 21.05.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

olması ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini belirtilerek, geçerli nedenle feshi kabul etmemiştir.

Yargıtay, başka bir kararında ise işverenin fesih tarihinden sonra aynı vasıflara sahip başka bir işçinin işe alınıp alınmadığının sorgulanması gerektiğini belirterek tutarlılık denetimi yapmıştır³⁴¹.

Yargıtay, işletmesel kararın objektif ve tutarlı olması gerektiğini vurguladığı başka bir kararında, davalı bünyesindeki işyerinde fesihten altı ay öncesi ve altı ay sonrasında davacı ile aynı görevde olup iş sözleşmesinin feshedildiği başka işçilerin olup olmadığının ve fiili otuz yıl hizmet süresini dolduran herkesin iş sözleşmesinin feshedilip feshedilmediği hususlarının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır³⁴². Bu yolla denetlenmek istenen işverenin işletmesel kararı uygularken tutarlı davranıp davranmadığıdır.

Yargıtay, aynı konuda verdiği başka bir kararında da davalı şirkete ait fesihten önce ya da sonra açılmış yeni bir işyeri olup olmadığının tespiti için fesihten altı ay öncesi ve sonrasını gösteren SGK kayıtlarının incelenerek davacı ile aynı unvan veya görevde başka bir işçi alımı yapıp yapılmadığının ve davacının kıdemi, eğitim durumu ve tecrübesine uygun başka bir pozisyonda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı hususunun, feshin ölçülülüğüne karar verebilmek adına denetlenmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁴³.

³⁴¹ “Yapılacak iş, davalı şirketin fesih tarihinde davacıyı çalıştırabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı, bu işyerlerine fesih tarihinden kısa bir süre önce ve sonra davacı ile aynı vasıflarda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılarak, davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı yok ise davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona ermesine ilişkin bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağı kabul edilerek davanın reddine, var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir.” Yargıtay 22. HD., 2019/8929 E., 2019/23853 K., 19.12.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁴² “Somut olayda; İlk Derece Mahkemesince ve Bölge Adliye Mahkemesince feshin geçerli nedene dayandığının ispatlanamadığı, işverenin fesih sebebi ile tutarlı olmayan şekilde davrandığı kanaatine varılmıştır. Ancak davalı işyerinde alınan işletmesel kararın tutarlı olarak uygulanıp uygulanmadığı, işyerinde ve davalı bünyesindeki işyerlerinde fesih öncesi ve sonrası 6 ay süre ile davacı ile aynı görevde işten çıkarılan ve işe alınan personel olup olmadığı ve fiili 30 yıl hizmet süresini dolduran herkesin çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmamıştır. Bu sebeple fesih bildiriminde yer alan hususların uzman bilirkişi aracılığı ile geçerli neden oluşturup oluşturmadığı yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırılarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22 HD., 2019/3100 E., 2019/11547 K., 23.05.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁴³ “Ayrıca davalı şirkete ait fesih tarihinden önce ya da sonra açılan/açılmakta olan yeni işyerleri olup olmadığı, varsa bu işyerlerine fesihten önce veya sonra davacı ile aynı ya da eşdeğer (davacının görevlendirilmesinin uygun bulunacağı) unvan/görevde yeni işçi alımları olup olmadığı ayrıntılı ve

Yargıtay'ın tutarlılık denetimi yaptığı başka bir kararına³⁴⁴ konu somut olayda, davalı işveren, ekonomik açıdan sorunlar yaşadığını ve bu sebeple daralmaya gittiğini belirtmiştir. Davacı işçinin pozisyonuna yeni bir işçi istihdam edilmese dahi, bir grup müdürü ve iki müdür alımı yapılması, daralmaya gittiği iddia edilen işyerinde işçi temini olarak değerlendirilmiş ve işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığı ve bu sebeple feshin geçersiz olduğuna hükmedilmiştir.

Yargıtay'ın, feshin geçerliliğini kabul ettiği bir kararına ilişkin somut uyuşmazlıkta ise, davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra on sekiz gişe yetkili yardımcısı işe alınmıştır. Dosya kapsamında alınan bilirkişi heyeti raporu her ne kadar davacının eğitim verilerek gişe yetkili yardımcısı olarak çalıştırılabileceğini belirtmiş ise de Yargıtay, gişe yetkili yardımcısı görevinin doğrudan bankacılık faaliyeti ile ilgili olduğunu ve lise mezunu olan davacının, alınacak bir eğitim ile bu unvanda çalışmasının mümkün olmayacağını belirterek feshin geçerli olduğuna hükmetmiştir³⁴⁵.

denetime imkan verecek açıklıkta belirlenmelidir. Yine fesihten 6 ay önce ve sonrasında gösteren işçi giriş çıkışlarına dair SGK kayıtları getirtilmeli, davacı ile aynı unvanda/görevde yeni işçi alımı olup olmadığı ya da davacının kıdemine, eğitim durumuna ve tecrübesine uygun görevlendirilebileceği unvanlara/görevlere yeni işçi alınıp alınmadığı da irdelenmelidir. Son olarak feshin tereddütsüz olarak geçerli olup olmadığının belirlenmesi yönünden; gerek davacı ve davalı vekillerinin beyanları ve sundukları dilekçeler ile delilleri ve gerekse tanık beyanları ile dosyaya sunulan diğer deliller birlikte değerlendirilerek özellikle de feshin son çare olarak yapılıp yapılmadığının tartışmasız belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemece belirtilen eksik hususlar giderilmeksizin karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9 HD, 2018/5810 E. 2019/3862 K., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁴⁴ *Dosya içeriğine ve bilhassa yargılama sırasında alınan bilirkişi raporundan, davalı işverenliğin 2015 yılında ekonomik açıdan sorunlar yaşadığı ve bir kısım bölümlerde birleştirmeye gittiği, ayrıca feshin sonrasındaki organizasyon şemasında davacı işçinin görev yaptığı pozisyona doğrudan yer verilmediği hususları tespit edilmiş ise de; daralmaya gidilirken işçi temini yapılması, yine bir grup müdürü ile iki müdür ve bir yönetmen kadrosuna alım yapılması ve davacı işçinin iş sözleşmesinin korunabilmesi için yapılan bir çalışmanın bulunmaması karşısında işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığı ve feshin son çare olma ilkesine riayet edilmediği anlaşıldığından işveren feshinin geçersiz kabul edilmesi gereklidir. Yargıtay 9 HD., 2022/3162 E., 2022/4954 K., 20.04.2022 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.*

³⁴⁵ *“Yerel mahkemece insan kaynakları uzmanı, hesap uzmanı ve mali müşavirden oluşan bilirkişi heyetinden rapor aldırılmış olup bilirkişi heyeti fesihten 6 ay öncesine ve 6 ay sonrasında dair davalı işyerinde çalışan işçilerin işe giriş ve işten çıkış evraklarını incelemiş olup her ne kadar bilirkişi heyetince; fesihten sonra 6 ay içinde 18 gişe yetkili yardımcısının işe alındığı ve davacının verilecek eğitimle gişe yetkili yardımcısı olarak çalışabileceği ve bu nedenle feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle feshin geçersiz olduğu yönünde kanaat bildirilmiş ise de dosya arasında bulunan görev tanımları incelendiğinde gişe yetkili yardımcısının görevlerinin doğrudan bankacılık faaliyetleri ile ilgili olduğu, davacının görev tanımının ise doğrudan bankacılık faaliyetleri ile ilgisinin bulunmadığı ve lise mezunu olan davacının verilecek eğitimle de bankacılık faaliyetlerinde çalıştırılmasının mümkün bulunmadığının anlaşılması ve temyiz incelemesi dairemizce yapılan Bursa 10. İş Mahkemesinin 2017/20895 esas sayılı dosyasında da aynı gerekçe ile işten çıkartılan işçinin işe iade talebinin reddine karar verilmesi karşısında Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan*

Yargıtay'ın, başka bir kararına konu somut olayda ise; davacı işçi, davalı Ankara'da, işverene ait işyerinde resepsiyon görevlisi olarak çalışmaktadır. Davalı işveren, aldığı işletmesel kararlar davacının çalıştığı pozisyonu kapatıp, davacının yaptığı işin İstanbul'da call center tarafından yapılmasına karar vermiştir. İstanbul'daki call center'a engelli bir işçi istihdam eden işverenin, engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünün iş gücü ihtiyacından kaynaklanmadığını tespit etmiş ve feshin geçerliliğine karar vermiştir³⁴⁶.

3.1.2. Geçerli Sebebe Dayanmayan Fesihlerde Ölçülülük Denetimi

İş güvencesinin koşullarının gerçekleşmediği işçiler bakımından işverenin iş sözleşmesini feshederken geçerli bir nedene dayanma yükümlülüğü bulunmadığı gibi işveren, herhangi bir sebep göstermeksizin iş sözleşmesini feshedebilir.

İş güvencesinin şartlarından olan otuz işçi çalıştırma, düzenlemenin en tartışmalı kısmıdır. Yasa tasarısında on işçi sayısı yer almasına karşın kanun ile bu sayı otuza yükseltilmiştir³⁴⁷. Otuz işçi sayısının yüksekliği, uygulamada birçok işçinin iş güvencesinden yararlanamamasına yol açmaktadır.

kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir. Yargıtay 9 HD, 2017/26634 E., 2018/12155 K., 30.05.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁴⁶ “Davalı işveren yazılı fesih bildiriminde, işletmesel karar doğrultusunda Ankara Şubesinde küçülme yapılarak bazı bölümlerdeki (davacı tarafından yürütülen işler de dahil) işlerin merkezden yürütüleceğini, bu kapsamda davacının istihdamına ihtiyacın ortadan kalktığını, davacıya yasal hakedişlerine ek olarak önerilen üç aylık ödeme ile anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirmeye teklifinin davacı tarafca kabul edilmediğini, son çare olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini açıklamıştır. Fesih bildiriminde de belirtildiği gibi, davalı taraf davacıyı istihdam fazlası personel olarak belirlemiştir. Dinlenen tanıklar, davacının işi olan “karşılama ve telefonları cevaplama işinin” İstanbul’da bulunan call center aracılığıyla yerine getirildiğini, davacının işten ayrılması üzerine, Ankara şubesine aynı işi yapmak üzere bir başka işçinin işe alınmadığını beyan etmiştir. Her ne kadar dosya kapsamında bulunan bilirkişi raporunda, İstanbul Call Center birimine “Call Taker” olarak engelli kadrosunda bir işçi alındığı ifade edilmiş ise de, işverenin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü kapsamında işçi alması, işletmesel karar ile çelişkili bir davranış içinde olduğu şeklinde düşünülemez. Zira engelli işçi çalışma yükümlülüğünün iş gücü ihtiyacından kaynaklanması söz konusu değildir. Kaldı ki fesihten yaklaşık beş ay sonra benzer işi yapan yeni bir işçi alınması da, tek başına işverenin tutarsız davrandığını göstermez. Somut uyuşmazlıkta, Ankara şubesindeki küçülme sebebiyle davacının hizmetine duyulan ihtiyaç ortadan kalkmış olup, feshin geçerli sebebe dayandığı açık olduğuna göre, ilk derece mahkemesince ekonomik zarar iddiasının ispatlanamadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi, Bölge Adliye Mahkemesince de, benzer gerekçelerle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş olması isabetsizdir.” Yargıtay 22 HD, 2018/9730 E., 2018/19040 K., 18.09.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁴⁷ Kaplan, a.g.e., s. 250.

Alman hukukuna göre, işçilerin iş güvencesinden yararlanabilmesi için işverenin çalıştırması gereken işçi sayısı beş iken Fransa’da bu sayı ondur³⁴⁸. Diğer ülkelerdeki sayılarla karşılaştırıldığında ülkemizdeki otuz işçi sayısının yüksekliği daha net ortaya çıkmaktadır.

İşçiyi, feshe karşı koruma maksadıyla yürürlüğe giren iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin, iş sözleşmeleri feshedildikten sonra bu feshe itiraz etme veya işe iade davası açma hakları bulunmamaktadır. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin, koşulları sağladıkları takdirde ancak kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatı talebinde bulunma hakları vardır³⁴⁹.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sözleşmelerinin feshine ilişkin yapılabilecek yargısal denetim ancak ihbar sürelerine uyulmaması, fesih hakkının kötü niyetle kullanılması, ayrımcılık yasağı ve eşit davranma borcuna aykırılık bulunması durumlarında ilişkin olabilmektedir. Bunların dışında, iş güvencesine tabi olmayan işçiler için, işveren tarafından yapılan fesih ölçülülük denetimine tabi tutulamamaktadır³⁵⁰.

3.2. Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesihte Ölçülülük Denetimi

Bildirimsiz fesih hakkı, dürüstlük kuralları çerçevesinde aralarındaki iş ilişkisini sürdürmenin beklenemeyeceği durumlarda taraflara sözleşmeyi derhal sona erdirme hakkı vermektedir. Bu sebeple uygulamada derhal fesih hakkı olarak da kullanılmaktadır. Ayrıca haklı nedenle fesih hakkı; olağanüstü fesih³⁵¹, süresiz fesih, ihbarsız fesih³⁵² olarak da adlandırılabilir.

Bildirimsiz fesih hakkı hem belirli süreli hem belirsiz süreli sözleşmelerde, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilen bir haktır³⁵³.

³⁴⁸ Alp, a.g.e., 2003, s. 6-7.

³⁴⁹ Sümer, a.g.e., s. 110.

³⁵⁰ G. B. Yıldız, ‘Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 15, özel sayı, 2013, 681-707, s. 691.

³⁵¹ Hekimler, a.g.e., s. 120.

³⁵² Arıcı, a.g.e., s. 247.

³⁵³ Demircioğlu ve Centel, a.g.e., s. 180- 181; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, a.g.e., s. 634; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s. 208; Arıcı, a.g.e., s. 247.

Tarafların bildirimsiz fesih ile iş sözleşmesini sona erdirebilmesi için ortada mutlaka haklı bir neden olması gerekmektedir³⁵⁴.

Haklı nedenin varlığı ile bildirimsiz fesih hakkı doğan taraf, bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir³⁵⁵. Taraflar haklı nedenin varlığına rağmen sözleşmeye devam etmeyi seçmekte özgürdür.

Bildirimsiz fesih hakkı, hem işverene hem işçiye tanınmış bir haktır. İşK md. 24 işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını, İşK md. 25³⁵⁶ işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenlemektedir.

Haklı nedenle fesih, ayrıca TBK md. 435/2'de³⁵⁷ de düzenlenmektedir. Bu düzenlemede İş Kanunu'ndaki gibi ayrıntılı olarak haklı nedenler sayılmamış,

³⁵⁴ Kaplan, a.g.e., s. 292.

³⁵⁵ S. Göktaş, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 80.

³⁵⁶ *Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeaksizin feshedebilir: I- Sağlık sebepleri: a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut işkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi. b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda. (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez. II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri: a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması. b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması. c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması. d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması. e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması. f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi. g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi. h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi. ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması. III- Zorlayıcı sebepler: İşçi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması. IV- İşçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması. İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir."*

³⁵⁷ TBK md. 435/2: "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır."

dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisinin sürdürülmesinin taraflardan beklenemeyeceği durum ve koşullar şeklinde genel bir tanımlamaya yer verilmiştir.

Yukarıdaki bölümlerde de vurgulandığı üzere, ölçülülük ilkesi, çatışan menfaatler söz konusu olduğunda güçsüz konumdaki tarafın çıkarlarını koruyarak adil bir denge kurmaya yararmaktadır. Bu noktada işçinin haklı nedenle fesih hakkını kullandığı hallerde, ölçülülük ilkesi uygulama alanı bulamamaktadır. Bu sebeple çalışmamızın bu bölümünde işçinin haklı nedenle fesih hakkına değinilmemiş, yalnızca işverenin haklı nedenle fesih hakkının sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

Hukukumuzda haklı nedenle fesih sebepleri olarak kabul edilen nedenler sınırlı sayıda olmayıp benzeri hallerin de derhal fesih hakkı vereceği belirtilmiştir³⁵⁸.

Örneğin İşK md. 25/II'nin başlığı “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” olarak düzenlenmiştir. Bu noktada, İşK md. 25/II'de tek tek sayılan nedenlerin haricinde bir sebebin de bu madde kapsamında derhal fesih hakkı verebileceği açıktır.

Feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının tespitinde dürüstlük kuralı³⁵⁹ ve ölçülülük ilkesi büyük rol oynamaktadır. Yargıtay, haklı nedenle feshin şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirdiği kararlarında, açıkça ölçülülük denetimi yapmaktadır. Haklı nedenle feshin sonuçlarının ağırlığı göz önüne alındığında Yargıtay'ın bu uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Haklı nedenle feshin işçi bakımından sonuçlarına en ağır örneklerden biri, iş sözleşmesinin İşK. md. 25/II uyarınca feshedilmesinin sonucunda kıdem tazminatı hakkını kaybetmesidir³⁶⁰.

Doktrinde, İşK. md. 25'te sayılan nedenlerden bazılarının, ölçülülük denetimi yapılmasına uygun olmadığı belirtilmektedir³⁶¹. Gerçekten de bazı maddelerin yazılış biçimi, hakime somut olayın özelliklerini değerlendirerek takdir yetkisini kullanma alanı tanımamaktadır.

³⁵⁸ Arıcı, a.g.e., s. 248.

³⁵⁹ Gökaş, a.g.e., s. 152.

³⁶⁰ 4857 sayılı İş Kanunu, kıdem tazminatı için bir Kıdem Tazminatı Fonu kurulmasını öngörmüş ancak Kıdem Tazminatı Fonuna ilişkin Kanun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdem tazminat hakları için 1475 sayılı İş Kanunu md. 14 hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu md. 25/II'ye göre sözleşmesi feshedilen işçilerin kıdem tazminatına hak kazanamayacakları, 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun halen yürürlükteki tek maddesi olan 14. maddesinde düzenlenmektedir.

³⁶¹ Gökaş, a.g.e., s. 153.

Örneğin, İşK. md. 25/II-g “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi”ni haklı neden olarak tanımlamıştır. Burada belirtilen kadar işgünü izinsiz ve geçerli bir sebebe dayanmadan işe gelinmemesi halinde haklı neden oluşmaktadır.

Aynı şekilde, İşK. md. 25/II-ı “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması”nı haklı neden olarak tanımlamıştır.

Yasa koyucu bu bentlerde işçinin işyerinde ne kadar süredir çalışıyor olduğu, daha önceden herhangi bir disiplin cezası vs. alıp almadığı gibi somut olayın özelliklerinin dikkate alınacağı bir değerlendirme yapılmasına imkan tanımayan bir düzenleme yapmıştır. Buna karşın, aşağıda detaylarıyla açıklanacağı üzere Yargıtay bu hallerde de ölçülülük denetimi yapmakta hatta haklı fesih nedeni olarak değerlendirilebilecek hallerin çoğunda, feshin haklı olacak kadar ağır bir nedene dayanmadığını belirterek feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmektedir³⁶².

İşveren tarafından haklı nedenle derhal fesih halleri, kanunda dört ana başlık altında sayılmıştır. Bunlar; sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin göz altı veya tutukluluk süresinin İşK. md. 17’de belirtilen bildirim sürelerini aşmasıdır. Çalışmamızda da yasa koyucunun öngördüğü bu sıra izlenmiştir.

3.2.1. Sağlık Sebepleriyle Yapılan Bildirimsiz Fesihte Ölçülülük Denetimi

İşverene haklı nedenle fesih hakkı sağlayan sağlık sebepleri; işçinin kendi kusurundan doğan sebeplerle hastalık, tedavisi imkansız olan hastalık ve tedavisi belli bir süreden daha uzun süren hastalık olarak üç ana başlıkta incelenebilir.

³⁶² G. Alpagut, ‘İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı- Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sayı: 1, 2006, 71-83, s.81.

İşçinin kendi kusurundan doğan hastalık; işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından, içkiye düşkünlüğünden doğan bir hastalıktır. İşK. md. 25/I-a'ya göre; sözü edilen sebeple doğan hastalık nedeniyle işçi ardı ardına üç iş günü, veya bir ayda beş iş gününden fazla devamsızlık yaparsa, işveren iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilir.

Yargıtay, işçinin derli toplu olmayan yaşantısı sebebiyle ateşli silahla vurularak yaralandığı ve bu sebeple işverene haber vermeden üç gün işe devamsızlık yaptığı bir somut olayda, haklı nedenin varlığını kabul etmiş ve feshin geçerliliğine hükmetmiştir³⁶³.

Yargıtay, bu madde kapsamında haklı nedenin varlığını kabul etmek için işçinin alkol kullanımını yeterli görmemekte; aşırı ve sürekli alkol tüketimi olmasını aramaktadır³⁶⁴. İşçinin alkol tüketiminin alkolizm seviyesine ulaşmaması, sözleşmeyi bu maddeye dayanarak feshetmeye yetmemekte, bu kapsamda yapılan fesih ölçüsüz sayılmaktadır.

Yasa koyucu İşK. md. 25/I-b uyarınca tedavi edilemeyecek hastalığa yakalanmayı, haklı nedenle fesih için yeterli bulmamış, bu durumun işçinin işyerinde çalışmasında sakınca yaratacağı hususunun Sağlık Kurulu raporu ile tespit edilmesi gerektiğini öngörmüştür. Yargıtay, bir kararında Sağlık Kurulu raporu olmadan feshin kabul edilmesini hatalı bulmuş, eksik inceleme yapıldığına hükmetmiştir³⁶⁵.

³⁶³ “Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin derli toplu yaşantısı olmaması ve ateşli silahla vurularak yaralandığı, buna bağlı olarak sağlık sebebiyle tedavi altına alınarak habersiz üç gün işe gelmemesi nedeniyle 4857 sayılı Yasa'nın 25/I-a maddesi uyarınca feshedilmiştir. Davacının dosya kapsamındaki ifade tutanakları ile davalı işverenin 26/02/2014 tarihli davacının devamsızlığını belirten tutanak dikkate alındığında davacının işyerine üç gün devamsızlık yaptığı, işverenin bildirimsiz fesih hakkının doğduğu, bu tür fesihlerde işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yasa gereği ihbar öneli verme, ihbar tazminatı ödeme zorunluluğu olmadığı anlaşıldığından, Mahkemece kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. HD., 2016/11628 E., 2019/9176 K., 18.04.2019, www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁶⁴ “İşçinin davranışlarına dayalı fesih sebebi açısından, işçinin alkol bağımlılığı söz konusu değildir. Bir başka anlatımla, işçinin davranışlarına dayalı fesihte, işçinin alkol tüketimi, hastalık derecesinde değildir. ... Alkolizm, bireyin beden ve ruh sağlığına, aile, sosyal ve iş uyumunu bozacak derecede sık ve fazla alkol alma ve alkol alma isteğini durduramama ile beliren bozukluktur. Bir başka anlatımla, aşırı ve sürekli alkol tüketimine olan fiziksel ve psikik bağımlılığı sonucunda, durumunu en iyi şekilde anlamasına rağmen alkol kullanımından vazgeçememe veya azaltamama, alkolizm olarak kabul edilir.” Yargıtay 9. HD., 2007/31257 E., 2008/9589 K., 21.04.2008 T., www.kazanci.com.tr, E.T: 22.05.2024.

³⁶⁵ “Somut olayda, davalı işveren iş yerinde lahmacun ustası olarak çalışmış olan davacının iş sözleşmesinin, 4857 sayılı Kanun'un 25/2-b. bendi gereğince kanında Hepatit B virüsü bulunması ve

Kanımızca kanun koyucunun ve Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı isabetlidir. Tedavisi mümkün olmayan hastalığın, işçinin işini herhangi bir şekilde etkilemediği durumlarda fesih ve fesih ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir oran bulunmamaktadır. Bu sebeple gerek kanun metni gerekse yerleşik Yargıtay uygulamaları ölçülülük ilkesine uygundur.

Tedavisi belli bir süreden uzun süren hastalık halinde, kanun koyucu devamsızlığın kanunda öngörülen süreyi aşması halinde fesih için haklı neden oluşturacağını düzenlemiştir. Yargıtay bu konudaki bir kararında³⁶⁶, daha önceden ilaçlarını düzenli kullanmayan işçinin, tehlikeli işler grubuna giren bir işte çalışmasının risk oluşturacağını tespit etmiş ve işverence yapılan haklı nedenle feshin geçerli olduğunu kabul etmiştir.

3.2.2. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller Sebebiyle Bildirimsiz Fesihle Ölçülülük Denetimi

Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerden birkaçı İşK. md. 25/II'de düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, işçinin işvereni yanıltmasıdır.

İşçinin, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından herhangi biri hakkında gerçeğe uygun olmayan bir beyanda bulunması, işvereni yanıltan bir bilgi vermesi hallerinde işveren sözleşmeyi İşK. md. 25/II-a'ya dayanarak derhal feshedebilecektir.

davalının gıda sektöründe hizmet vermesi sebebiyle artık çalıştırılmayacağı gerekçesiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece işverence yapılan feshin haklı sebebe dayanmadığı kabul edilmişse de; davacının hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve iş yerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanmadan sonuca gidilmiştir. Bu sebeple Sağlık Kurulu raporu aldırılarak davacının hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olup olmadığı ve iş yerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığı tespit edilerek feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda bir karar verilmelidir. Feshin 4857 sayılı Kanun'un 25/1-b. bendi gereğince sağlık sebepleri ile haklı olarak feshedildiğinin tespiti halinde ise kıdem tazminatı talebi şimdiki gibi kabul edilmeli, ancak ihbar tazminatı talebi reddedilmelidir. Eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. HD., 2013/37702 E., 2015/10499 K., 17.03.2015 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁶⁶ “Somut uyumsuzlukta davacının tedavisine düzenli olarak devam ettiğinin davalı işverence takibi mümkün olmayıp davacının daha önce de ilaçlarını düzenli kullanmayarak hastalığının yeniden alevlenmesine neden olduğu da gözetildiğinde ilaçlarını düzenli kullanmaması halinde atak geçirerek mermer üretimi yapılan ağır ve tehlikeli işler grubunda bulunan işyerinde yüksek risk oluşturabileceği, işverenin bu riski yüklenmesi ve bu şartlarda davacının iş akdinin devam ettirmesi işverenden beklenemeyeceğinden iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.”, Yargıtay 9. HD., 2018/8297 E., 2018/17695 K., 08.10.2018 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

İşverenin, işçiyi işe almadan önce işçinin verimliliğini değerlendirebilmek adına aday işçiye bazı sorular sorması, işverenin bilgi edinme hakkı kapsamındadır. İşçinin, bu sorulara veya kendisine doldurtulan personel bilgi formunda yanıltıcı, yanlış bilgi vermesi, işveren açısından fesih için haklı neden oluşturmaktadır³⁶⁷.

Yargıtay bir kararında³⁶⁸, işe girerken doldurulan formda sabıkası olmasına rağmen olmadığını beyan eden işçinin, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir.

Buna karşın, Yargıtay, işçi tarafından doldurulan başvuru formunda daha önce çalıştığı işverenler ile ilgili eksik bilgi verilmesinin, haklı neden oluşturmayaacağına hükmetmiştir³⁶⁹. Yargıtay'ın bu kararı isabetli olup işçinin işvereni etkilemeyecek bir husus ile ilgili eksik bilgi vermesinin haklı nedenle fesih çerçevesinde kabul edilmesinin, neticesi itibarı ile kıdem ve ihbar tazminatı haklarını kaybedeceği de göz önünde bulundurulduğunda ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

İşçinin işverenin veya ailesinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi, işveren hakkında haysiyet kırıcı ve asılsız suçlamalarda bulunması hallerinde işveren, sözleşmeyi İşK. md. 25/II-b uyarınca haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

³⁶⁷ Kaplan, a.g.e., s. 283.

³⁶⁸ “Davacı davalıya ait işyerine güvenlik görevlisi olarak girerken doldurduğu form dilekçesinde sabıkası olduğu halde yokmuş gibi beyanda bulunduğu ve bu yalan beyanın hizmet sözleşmesi süresince davalı işveren tarafından ortaya çıkarıldığı bunun üzerine hizmet sözleşmesinin 6 günlük iş süresi içinde sona erdirildiği tüm dosya içeriğinden ve özellikle Cumhuriyet Savcılığı cevabı yazısından anlaşılmaktadır. Davacının bu eylemi 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17/II-a bendindeki hali oluşturur. Böyle olunca davalı işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshettiğinin kabulü ile feshe bağlı tazminat isteklerinin reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 9. HD., 1997/19393 E., 1998/432 K., 22.01.1998 T., www.legalbank.net, E.T: 21.08.2024.

³⁶⁹ “Dosya içeriğinden; davacının davalı işverende çalışmak için başvurduğu 30.09.2015 tarihli başvuru formunda “daha önce çalıştığı kuruluş adı” bölümünde bulunan iki sütuna çalıştığı iki işvereni belirttiği, davacının karpal tunel sendromu rahatsızlığına ilişkin evraklarını ibrazından sonra davalı şirketin davacıdan yeniden geçmiş çalışmalarının bildirilmesinin istenildiği, bunun üzerine davacının 20.10.2016 tarihli dilekçesinde başvuru formunda bildirmediği önceki işverenleri de belirttiği, akabinde davalı işverence bu yönde bir bilgilendirmenin işe müracaat sırasında yapılmış olması halinde davacının işe başlatılmayacağı, davacının bilgi saklamasının ve gerçeğe aykırı bilgi vermesinin idari ve yasal olarak kabul edilebilecek nitelikte olmadığı belirtilerek iş sözleşmesinin feshedildiği görülmektedir. Ne var ki, davacının işe müracaatı sırasında başvuru formunda bulunan iki sütuna önceden çalıştığı iki işvereni belirterek çalıştığı diğer işverenleri yazmamış olmasının güven zedeleyici bir işlem olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Davacı işçinin işe müracaatı sırasında kendi özelliğiyle ilgili bir hususu da gizlemediği açıktır. Dosya kapsamına göre, davalı işverenin davacıya ilişkin feshinin gerek haklı gerekse geçerli bir nedene dayanmadığı ortada iken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. HD., 2018/5160 E., 2018/12762 K., 23.05.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

Bu kapsamda feshin haklı nedene dayandığının kabul edilebilmesi için işçinin doğrudan asılsız bir suçlamada bulunması gerekmektedir. Yargıtay, işçinin bir başkasının işvereni asılsızca suçladığı haberi paylaşmasının bu madde kapsamında haklı neden oluşturmayacağına hükmettiği kararında³⁷⁰ açıkça ölçülülük ilkesini uygulamış, kararında “*Davacının davranışı doğrudan isnat ve itham değildir. Yayınlanmış bir haberi işyeri panosuna asması davranışına doğrudan haklı nedenle fesih yaptırımı uygulanması ölçülülük ilkesine uygun değildir.*” cümlesine yer vermiştir.

Yargıtay, başka bir kararında³⁷¹ hakaret ve küfür eden işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını tespit etmiş, başka bir kişinin olaya katkısının bulunmasının işçinin davranışını meşrulaştırmayacağını özellikle vurgulamıştır.

³⁷⁰ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 25. maddesinin II: fıkrasının b bendi uyarınca işçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması ya da asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması haklı fesih nedenidir. Bunun için işçinin doğrudan isnat ve itham da bulunması gerekir. Başkasının itham ve isnadını veya bu yönde çıkan basın haberini paylaşmasının haklı neden olarak değerlendirilmesi ölçülülük ilkesine aykırı düşer. İşçinin bu ağırlıkta olmamakla birlikte işveren aleyhine söylediği sözler ve eleştiriler, bulunması gereken uyumu ve disiplini olumsuz yönde etkilediği ve işverenden bu durum karşısında iş ilişkisini sürdürmesi makul ölçüler içinde beklenmediği durumlarda, işveren açısından geçerli fesih hakkı doğacaktır. Dosya içeriğine göre davacı işçi, işverenin işyerinde ayrılanlarla ilgili haber yapan gazetenin ilgili kısmını işyerinde panoya asmıştır. Bu haber ile ilgili işveren tarafından tezip metinlerinin yayınlanması istemi, Sulh Ceza Mahkemelerince reddedilmiştir. Haberin kaynağının davacı olduğu da somut olarak ortaya konmamıştır. Basın yolu ile işveren aleyhine haber olmuş bir durumun davacı tarafından işyerinde panoya asılması, isnat ve itham olarak değerlendirilemez. Haberin doğruluğu davacı işçi tarafından bilinmeyeceği gibi basın yolu ile herkesin haber alma hakkı kapsamında daha önce bilgilenmeleri de olmuştur. Kaldı ki haber işyerinde çalışan işçiler ile ilgilidir. Davacının davranışı doğrudan isnat ve itham değildir. Yayınlanmış bir haberi işyeri panosuna asması davranışına doğrudan haklı nedenle fesih yaptırımı uygulanması ölçülülük ilkesine uygun değildir. Fesih haksız olup kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulü gerekir. Yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2017/6449 E., 2017/17377 K., 02.11.2017 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁷¹ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinde, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlarla benzerlerinin varlığı halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır. Yine değinilen bendin (b) alt bendinde, işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması; (d) bendinde ise, işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması gibi işçi davranışlarının işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere kanundaki haller sınırlı sayıda olmayıp genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır. Somut olayda; davacının, 20.04.2011 tarihinde doğrama ustalarının yaptıkları işi beğenmeyerek onlara hitaben gıyaplarında sinkaflı küfür ettiği, yine 22.07.2011 tarihinde davalı işverene ait işyerinde çalışan işverenin diğer bir işçisine hitaben ve diğer çalışanların bulunduğu bir ortamda “Hepiniz aptalsınız, salaksınız” diyerek akabinde sinkaflı küfür etmek suretiyle hakaret ettiği dosya kapsamıyla sabittir. Bu eylemler 4857 sayılı Kanun’a göre işveren açısından haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Bu konuda kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetinin mevcudiyeti şart olmadığı gibi, başka bir kişi ya da olgunun bu olayda katkısının bulunması da davacının eylemine meşruiyet kazandırmaz. Buna göre, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin

İşçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, İşK. md. 25/II-c uyarınca işverene sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshetme hakkı vermektedir.

Bu noktada işçinin, söz konusu cinsel taciz eyleminin işyeri içinde veya işyeri dışında olmasının, haklı neden sayılma noktasında bir farkı bulunmamaktadır³⁷². Zira, cinsel taciz işyeri dışında yapılmış olsa dahi, işyeri düzenini etkileyeceği açıktır³⁷³.

Yargıtay, bir kararında işçinin, başka bir işçinin sosyal medyadaki fotoğrafının altına “...çok sade ve güzelsin.” yazmasının cinsel taciz oluşturacak bir ağırlıkta olmadığını belirtmiş, fakat olayın işyerine yansımaları ve iş akışını bozmuş olması gerekçesiyle feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir³⁷⁴.

İşçinin işverene, işverenin aile üyelerine veya işverenin başka işçilerine sataşması İşK. md. 25/II-d uyarınca işverene sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshetme hakkı vermektedir.

Sataşma fiilinin işyerinde veya işyeri dışında gerçekleştirilmesi, feshin haklı nedene dayanması noktasında bir fark yaratmamaktadır³⁷⁵.

reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22. HD., 2013/29002 E., 2015/931 K., 26.01.2015 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁷² H. A. Bakırcı ve B. İ. Bozce, *Yargıtay Kararları Işığında Uygulamaya Yönelik Haklı- Geçerli Nedenler İle İş Akdinin Feshi Ve Kıdem Tazminatı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 78.

³⁷³ Kaplan, a.g.e., s. 284.

³⁷⁴ “Davalı Üniversitenin şikayeti 18.09.2014 tarihinde davalı alt işveren şirkete bildirmesi üzerine 19.09.2014 tarihinde davacıdan savunma vermesi istenilmiş, 22.09.2014 tarihli savunmasında " ben bu suçlamaları kabul etmiyorum, hastanede çalışmakta olan hemşireyi tanımıyorum, ona karşı bir husumetim de yoktur, ben 1 yıldır giriş kapısında görev yapmaktayım, bu olaydan dolayı hemşirenin acilde görev yaptığını öğrendim, bir paylaşım sitesidir, herkes yorum yapar , benim şifrem kardeşimde de var, böyle bir olaydan haberim yoktur, sabah işe geldiğimde öğrendim " şeklinde beyanda bulunmuştur. Dava dilekçesinde ise'nin fotoğrafını beğendiğini ve yorum yaptığını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Davacının savunması ile dava dilekçesindeki kabulü birbiri ile çelişmekte olduğu gibi yine dava dilekçesindeki açıklamalardan mahkeme kabulünün aksine davacının isimli hemşire ile ".... " isimli sosyal paylaşım sitesinde arkadaş olmadığı, bu kişinin fotoğrafını ortak arkadaşlarının bulunması nedeniyle görebildiği anlaşılmaktadır. Davalı alt işveren işçisi olarak çalışan davacının asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçiye "...." adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı halde ortak arkadaşların olması nedeniyle gördüğü resmini beğenmesi ve " çok sade ve güzelsin " şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu kabulü gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle feshin geçerli olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 7. HD., 2015/43589 E., 2016/6048 K., 10.03.2016 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁷⁵ Bakırcı ve Bozce, a.g.e., s. 79.

Yargıtay, işçiler arasında yaşanan sözlü sataşma, hakaret ve darp üzerine verdiği bir kararında, işçinin işverenin başka bir işçisine sataşmasının ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturduğunu vurgulamış ve haklı nedenle yapılan feshin geçerliliğine hükmetmiştir³⁷⁶.

Yargıtay'ın aynı konuda verdiği başka bir kararına konu somut olayda; davacı işçi, başka bir işçi ile yaptığı telefon görüşmesinin bitmesinden sonra küfürler etmiştir. Bunu duyan başka bir işçinin, konuyu küfürlerin muhatabı olan işçiye bildirmesi sonucunda davacı işçinin sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay, işçinin gıyabında edilen küfürleri sataşma olarak değerlendirmiş ve feshin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir³⁷⁷.

İşçinin, işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde etkisi altında gelmesi ya da bu maddeleri işyerinde kullanması, İşK. md. 25/II-d uyarınca işverene sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshetme hakkı vermektedir.

Bu durumun istisnası, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 28./3 maddesi³⁷⁸ ile düzenlenmektedir.

³⁷⁶ “Somut uyuşmazlığın incelenmesinde; davacının davalıya ait şirkette manav şefi olarak çalıştığı, olay günü davacı ile mağaza müdürü arasında Ramazan ayında yemek çıkarılmaması ve yemek bedellerinin ödenmemesi nedeniyle tartışma çıktığı, çıkan tartışmada mağaza müdürünün davacı işçiye “yalan söylüyorsun” şeklindeki sözü üzerine davacı işçinin mağaza müdürüne hakaret ettiği ve sonrasında tarafların birbirini darp ettiği, işveren tarafından her iki çalışanın da iş sözleşmesinin feshedilerek eşit işlem borcuna uyulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, davacının işverenin başka bir işçisine sataşmak suretiyle ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bu davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin davalı tarafından feshi haklı sebebe dayandığından, ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken, yanılıklı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir. O halde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” Yargıtay HGK., 2015/551 E., 2017/16 K., 18.01.2017 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 21.08.2024.

³⁷⁷ “Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalıştığı, güvenlik müdürü olarak çalışan ... isimli bir çalışanla gerçekleştirdiği telefon görüşmesi sonrasında telefonu kapatır kapatmaz ...'u kast ederek sinkaflı küfürler ettiği, işyerinde üstü olarak çalışan ...'a gıyabında gerçekleştirilen bu hakareti duyan ve o esnada davacı işçinin yanında bulunan tanık Okan'ın bu durumu hakaretin muhatabına ve işverene bildirmesi üzerine iş akdinin açıklanan olay nedeniyle feshedildiği, feshe konu olayın gerçek olduğunun da tanık anlatımıyla anlaşıldığı ve davacı işçinin eyleminin işyerinde diğer bir çalışana sataşma niteliğinde olup işveren açısından haklı fesih niteliğinde olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenle davacı işçinin iş akdinin feshinin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2019/4112 E., 2019/21931 K., 09.12.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁷⁸ Madde 28: “(1) İşyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır. (2) İşveren; işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine

Bu maddeye göre, alkollü içkinin yapıldığı yerde çalışan ve işi gereği üretimi denetlemekle yükümlü olanlar ve işinin niteliği gereği alkollü içki içmek zorunda olanlar hakkında işyerinde içki kullanma yasağı uygulanmamaktadır.

Alkollü içki kullanmış olmasına rağmen sarhoşluk belirtisi göstermeyen işçinin iş sözleşmesi bu nedene dayanılarak feshedilemez. Buna karşılık, sarhoş olmasa dahi işyeri sınırları içinde alkollü içki tüketen işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilecektir³⁷⁹.

İşçinin işyerinde alkol kullandığına dair bir iddia varsa, haklı nedenle feshin kabul edilebilmesi için bu iddianın kanıtlanmış olması gerekmektedir. Özellikle haklı nedenle feshin sonuçları bakımından ağırlığından dolayı, somut bir şekilde kanıtlanmayan bir iddia ile işçinin iş sözleşmesinin haklı nedene dayanılarak feshedilmesi, ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayan ağırlıkta müdahale teşkil edecektir.

Yargıtay, bu konuda verdiği bir kararda³⁸⁰, işçi ve işyerinde alkol kullanma arasındaki nedensellik bağının kanıtlanamadığı gerekçesiyle haklı nedenle feshi kabul etmemiştir.

sahiptir. (3) Aşağıdaki çalışanlar için alkollü içki kullanma yasağı uygulanmaz: a) Alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilenler. b) Kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olanlar. c) İşinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olanlar.”

³⁷⁹ Bakırcı ve Bozce, a.g.e., s. 81.

³⁸⁰ “Somut uyuşmazlıkta; davacı vekili, iş sözleşmesinin 08.06.2015 tarihinde haksız olarak feshedildiğini ileri sürmüş, davalı vekili ise davacının işyerinde görev başındayken içki içtiğinin tespit edilmesi üzerine haklı sebeple feshedildiğini savunmuştur. Dosya kapsamı incelendiğinde, davalı vekili tarafından davacının işyerinde içki içtiğine ilişkin 07.06.2015 tarihli tutanak, aynı olaya ilişkin kamera görüntüsünden alındığı anlaşılan fotoğraflar ve güvenlik kamerası kayıtlarına ilişkin ...'nin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Dinlenen davalı tanıklarından ..., iş sözleşmesinin sona erdirilme sebebinin alkol olduğunu bildiğini, sadece bir kez davacının ... poşeti ile alkolü lavaboya götürdüğünü ve lavaboya bırakıp döndüğünü, temizlikçilerin haber verdiklerini ve kameradan alkolü koyan kişinin davacı olduğunu gördüklerini, bu sebeple işten çıkartıldığını, bizzat davacının içki içtiğini görmediğini, lavaboda bulmuş oldukları Migros poşeti içinde boş içki şişeleri ve sigara izmaritleri gördüklerini ve fotoğrafları ile kanıtlandığını beyan etmiştir. Diğer davalı tanığı ... ise güvenlik biriminin davacının içki içtiğini tespit ettiğini ve insan kaynaklarına bildirdiğini, kendisinin davacının içki içtiğini görmediğini beyan etmiştir. İlk Derece Mahkemesi tarafından davalı işverenin haklı fesih olgusunu ispatlayamadığı gerekçesiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı sonucuna varılmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davacının işyerinde kurallar ile bağdaşmayacak şekilde sabit görülen içki içme eylemi nedeniyle iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca haklı sebeple feshedildiği gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmiştir. Ancak Bölge Adliye Mahkemesi tarafından varılan bu sonuç eksik incelemeye dayalıdır. Şöyle ki; dosyada mevcut 07.06.2015 tarihli tutanak ve fotoğraflar birlikte değerlendirildiğinde davacının işyerinde içki içtiğine ilişkin doğrudan bir görüntünün olmadığı, bir fotoğrafta davacının işyeri tuvaletine beyaz bir poşetle girdiğinin iddia edildiği ve diğer fotoğraflarda da poşetin içindeki içkilerin fotoğrafının bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu poşetteki içki kutularının

İşçinin, işverenin görevini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını ortaya atması gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları nedeniyle işveren, İşK. md. 25/II-e uyarınca sözleşmeyi haklı nedene dayanarak feshedebilecektir.

Maddede sayılmış olan güveni kötüye kullanma, TCK md. 155'te³⁸¹, hırsızlık, TCK md. 141'de³⁸² ve meslek sırlarını ifşa etmek TCK md. 239'da³⁸³ tanımlanmaktadır.

Madde metninde kullanılan "gibi" ifadesi, işverene sayılanlar dışında benzer hallerde de sözleşmeyi haklı nedene dayanarak feshedebilme hakkı tanımaktadır³⁸⁴.

Usulsüz banka işlemleri gerçekleştirmek, müşteriden daha fazla para aldığı halde pompaya daha az mazot vermek, işverene ait yolcu otobüsünü alkollü kullanarak kaza yapmak, kaçak elektrik kullanmak, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlara örnek verilebilir³⁸⁵.

davacı tarafından tuvalete konulduğuna ve bu suretle davacı ile fesih konusu olay arasında nedensellik bağı olduğuna ilişkin net bir sonuca varılamamaktadır. Bu nedenlerle dosya kapsamındaki kamera kayıtlarına ilişkin ... üzerinde gerekirse bilirkişi marifetiyle inceleme yapılarak ve dosyadaki diğer delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, inceleme yapılmaksızın kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmesi hatalı olup bozma sebebidir." Yargıtay 9. HD., 2018/7697 E., 2021/656 K., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁸¹ TCK madde 155: "(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur."

³⁸² TCK Madde 141: "(1) Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

³⁸³ Madde 239: "(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur. (2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır. (3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmeyen bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz. (4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

³⁸⁴ Bakırcı ve Bozce, a.g.e., s. 83.

³⁸⁵ Kaplan, a.g.e., s. 285.

Yargıtay bir kararında³⁸⁶, işçinin raporlu olduğu tarihte tatile gitmiş olmasını doğruluk ve bağlılığa aykırı bir davranış olarak kabul etmiş ve işverenin feshinin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın aynı konuda verdiği başka bir kararında³⁸⁷ da istirahat raporu alıp tatile gittiği tespit edilen işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Karara konu somut olayda, davacı işçi, işyerinde on iki yıldır çalışmaktadır. Yargıtay'ın bu kararı, işçinin on iki yılın içinde daha önce bu şekilde bir hareketinin olup olmadığı, başka herhangi bir sözleşme ihlalinde bulunup bulunmadığı, disiplin cezası alıp almadığı hususlarının hiç değerlendirilmemiş olması nedeniyle ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilerek eleştirilmiştir³⁸⁸.

³⁸⁶ “Somut uyumsuzlukta; davacı iş akdinin haksız feshedildiğini iddia etmiş, davalı işveren ise feshe konu son yaşanan olayda, davacının isteği üzerine kendisine izin vermeyen amirine " Ben de o zaman ablamın çalıştığı hastaneden rapor alırım " dediğini ve akabinde rapor alıp işe gelmediğini, davacının keyfince rapor alabildiğini ve işe gelmediğini, davacının devamsızlığı nedeni ile daha önce de uyarılar aldığını, davacının son istirahat raporu aldığında bir tatil yöresinde tatile çıktığının tespit edildiğini ve savunmasının istendiğini, davacının savunmasında, tatilde olduğunu belirttiğini ve tüm bu nedenlerle iş akdinin feshinin haklı nedene dayandığını savunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacı işçi davalının 09.07.2012 tarihli ve “İlk amiriniz ...'dan bir hafta İzin istediğiniz, İlk amiriniz tarafınıza izin vermeyince kendisine "Ben de o zaman ablamın çalıştığı hastaneden rapor alırım" diyerek, 01.07.2012 tarihinde gerçekten hasta olmadığınız halde yalan beyanda bulunup ablanızın da çalıştığı hastane olan Bursa Muradiye Devlet hastanesinden istirahat raporu aldığınız, buna mukabil bir tatil yöresinde tatile çıktığınız tespit edilmiştir. Yalan beyanınız ile ilgili savunmanızı kendi el yazınızla vermenizi” içerikli savunma istem yazısına aynen; “Rapor aldım ve ilaç tedavisi görüyorum halen. Bu arada da tatil yaptım.” şeklinde cevap vermiş olup, savunma içeriği davalının hatıra binaen sağlık raporu temin edilip tatile gidildiği şeklindeki haklı fesih nedenini teyit eder mahiyettedir. Davacı da raporlu olduğu tarihlerde tatil yaptığını zaten kabul etmiştir. Davacının doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmadığı açık olan bu davranışı nedeniyle davalı işverenin fesihte haklı olduğu kabul edilerek, şartları oluşmayan kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine, yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2017/1505 E., 2018/592 K., 18.01.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁸⁷ “Somut uyumsuzlukta; davacı 09-12/07/2015 tarihleri arası için 2’şer gün şeklinde ardışık tarihlerde istirahat raporu almış, aynı işyerinde çalışan bir diğer işçi ...de aynı tarihlerde aynı hastane ve aynı doktordan aynı teşhis ile istirahat raporu almıştır. Davacının raporlu olduğu tarihte sosyal medyada diğer şirket çalışanı Melih, sosyal medya hesabında; "... turu başlasın, biz yaşayalım siz dedikodusunu yaparsınız" yazısını paylaşmış, paylaşımın altına da "... ile (davacı) birlikte ... yolunda” notunu düşmüştür. Davalı işverence bu olayın ardından davacıdan 21/07/2015 tarihinde savunması talep edildiğinde, davacı 21.07.2015 tarihli savunmasında bu durumu kabul ederek 'istirahatliydim, doktor temiz hava al dedi, ben de memlekete gittim' şeklinde beyanda bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının ve iş arkadaşının aynı tarihte aynı doktordan ve aynı sebeple rapor aldıkları, arkadaşının sosyal medya hesabından raporlu olduğu gün davacı ile birlikte ... turuna çıktıklarını yazdığı, davacının işbu davranışı ile işverenin güvenini kötüye kullandığı, eyleminin yasada öngörülen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğu, davacının seyahatinin turizm amaçlı olduğu açıkça ortadadır. Davacı savunmasında da bu durumu kabul etmiştir. Bu delil durumu karşısında, davalı işveren tarafından gerçekleştirilen fesih haklı sebebe dayandığından kıdem ve ihbar tazminat taleplerinin reddi yerine, kabulü hatalıdır”. Yargıtay 9. HD., 2018/5003 E., 2021/159 K., 11.01.2021 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024

³⁸⁸ Bakırcı ve Bozce, a.g.e., s. 86.

Yargıtay'ın başka bir kararına konu somut olayda, davacı işçi işyerinde garson olarak çalışmaktadır. Çalışan personelin mesai saatleri içinde büfedeki yiyeceklerden yemesinin yasak olduğu iş sözleşmesi ile düzenlenmiş olup davacı işçinin yaptığı davranışın yasak olduğunu bildiği sabittir. Davacı işçinin parasını ödemediği sütlaç, bulaşıkhanede gizlice yemesi üzerine davalı işveren, sözleşmeyi, güveninin kötüye kullanıldığını belirterek ve haklı nedene dayanarak derhal feshetmiştir. Yargıtay kararında, ölçülülük denetimi yapmış, işveren tarafından uygulanan fesih ve işçinin davranışı arasında makul bir oran bulunmadığını tespit etmiş ve "ölçülülük ilkesine uygun davranılmadığı"na hükmetmiştir³⁸⁹.

Yargıtay, benzer konuda verdiği bir kararında, feshin haklılığı değerlendirilirken işçinin davranışının ağırlığı ile uygulanan fesih türü arasındaki dengenin, ölçülülük ilkesinden faydalanılarak kurulması gerektiğini belirtmiştir. Karara konu somut olayda, davacı işçinin, ekonomik değeri çok az olan ve hurdaya ayrılmış iki demir parçasını almasının üzerine davalı işverence iş sözleşmesi haklı

³⁸⁹ "Dosya içeriğinden, davacının 08.04.2013-27.03.2015 tarihlerinde davalı işyerinde garson olarak çalıştığı, gerek dosyadaki belgeler gerekse de davacının savunmasında ikrar ettiği üzere, davacının 22.03.2015 tarihinde işyerinin bulaşıkhanesinde bir kase sütlaç bedelsiz yediğinin sabit olduğu, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 13/b. bendinde konuya ilişkin açık düzenleme bulunduğu ve işçinin işyerine ait olan gıda, içecek maddelerini yemesi ve içmesinin yasak olduğunun, aksi davranışın tazminatsız fesih nedeni olarak kabul edildiğinin kararlaştırıldığı, davacının iş sözleşmesinin 27.03.2015 tarihinde işyeri talimatları da gerekçe gösterilmek suretiyle söz konusu eylemi nedeniyle işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanununun 25/II-e maddesine istinaden haklı nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının eyleminin işverenin güvenini kötüye kullanması, iyi niyet ve ahlak kurallarına aykırılık olduğu, işveren tarafından yapılan feshin haklı olduğu gerekçesiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağına karar verilmiştir. Feshin haklı veya geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken içerik yönünden fesih nedenlerinin haklı veya geçerli olduğunu kanıtlayacaktır. Feshin geçerli veya haklı olup olmadığının değerlendirilmesinde, işçinin davranışının ağırlığı dikkate alınarak, olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığı ölçülülük ilkesi gereğince değerlendirilmelidir. Feshe konu olayda, davacının satışa sunulan bir kase sütlaç ücretsiz olarak bulaşıkhanede yeme şeklindeki eyleminin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedilmesini gerektirecek ağırlıkta olduğu kabul edilemez. Her ne kadar taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 13/b. bendinde konuya ilişkin açık düzenleme mevcut olup, eylemin haklı neden teşkil edeceği açıkça belirtilmiş ise de, eylemin tek olduğu ve davalı tarafından davacının aynı konuya ilişkin olarak uyarıldığının ispat edilemediği anlaşıldığından **ölçülülük ilkesine uygun davranılmadığı kabul edilmelidir**. Nitekim 27.03.2015 tarihli fesih ihbarnamesinde de davacının başkaca benzer eylemlerinin bulunduğu söz edilmemekte; yalnızca 22.03.2015 tarihinde bulaşıkhanede yediği bir kase sütlaçtan söz edilmektedir. Dosyada yer alan belgeler, dinlenen tanık beyanları ve dosya kapsamı hep birlikte değerlendirildiğinde, feshe konu olayın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini gerektirecek nitelikte olmadığı, ölçülülük ilkesine uygun davranılmadığı kanaatine varıldığından kıdem ve ihbar tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olmuştur." Yargıtay 22. HD., 2016/6718 E., 2019/4448 K., 27.02.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

nedene dayanarak derhal feshedilmiştir. Yargıtay bu durumun ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğunu vurgulamıştır³⁹⁰.

İşçinin, işyerinde yedi günden fazla hapis cezası ile cezalandırılacak ve cezası ertelenmeyen bir suça karışması halinde işveren, İşK. md. 25/II-f uyarınca sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshedebilecektir.

Yargıtay HGK., noter katibi olarak çalışan davacının, çalıştığı noterde kendi adına araç satış işlemi yaptığı somut olayda, işçinin sözleşmesinin feshedileceğini öğrendikten sonra işverene saldırmasını da göz önünde bulundurarak, haklı nedenle feshin şartlarının oluştuğuna hükmetmiştir³⁹¹.

İşçinin, işverenden izin almaksızın ve geçerli bir nedeni bulunmadan ardı ardına iki iş günü veya bir ay içerisinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veya bir ay içerisinde üç iş günü işe devamsızlık yapması halinde işveren İşK. md. 25/II-g uyarınca sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshedebilecektir.

³⁹⁰ Feshin geçerli veya haklı olup olmadığının değerlendirilmesinde, işçinin davranışının ağırlığı dikkate alınarak, olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığı ölçülülük ilkesi gereğince değerlendirilmelidir. Feshe konu olayda, davacının hurdaya ayrıldığı anlaşılan ve ekonomik değeri çok az olan iki demir parçasının alınmasından ibaret olan eylemi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedilmesini gerektirecek ağırlıkta olduğu kabul edilemez. Nitekim dosya arasına sunulan iş yeri sicil dosyasındanda davacının daha önce iş verenin güvenini sarsacak ve iş yeri kurallarına aykırılık teşkil edecek mahiyette eylemlerinin bulunduğu ilişkin de herhangi bir delil bulunmamaktadır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında sözleşmenin feshine sebep olarak belirtilen eylem sebebi ile iş sözleşmesine son verilmesinin ölçülülük kurallarına aykırılık teşkil ettiği anlaşıldığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hatalı olup bozma sebebidir.” Yargıtay 22. HD., 2016/13844 E., 2019/12084 K., 29.05.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁹¹ “Somut olayda; imza yetkisi bulunan noter kâtabi olan davacının çalıştığı noterde 02.12.2010 tarihinde kendi adına araç satış işlemi yapması üzerine, aynı tarihte davalı işverenin noter başkatibini telefonla arayarak şehir dışına çıktığını ve dönene kadar davacının işe gelmemesini söylediği, davacının kardeşi olan davacı tanığı ... ve işyeri çalışanı ve tarafından imzalanan tutanakta açıkça ifade edildiği gibi davalı işverenin şehir dışından dönmesi üzerine 10.12.2010 tarihinde işyerine giden davacının, çalıştığı noterde kendi adına araç satış işlemi yapması sebebi ile iş sözleşmesinin feshedileceğini öğrenmesi üzerine davalıya üç koltuk sandalye ve mermer heykel fırlattığı, “seni yaşatmayacağım, sana göstereceğim, kafana sıkacağım” şeklinde beyanda bulunduğu, 14.12.2010 tarihinde de, saygısız tutum ve itaatsizliğinin bulunması, çalıştığı noterde kendi adına işlem yapması nedenleriyle iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, davacının çalıştığı noterde araç satış işlemi yapması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedileceğini öğrenmesi üzerine davalı işverene karşı sözlü ve fiili saldırıda bulunduğu açıktır. Bu nedenle, davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığı, dolayısıyla davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanamadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” Yargıtay HGK., 2018/372 E., 2021/873 K., 29.06.2021 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2024.

Burada fesih hakkını oluşturan haklı neden, işçinin izinsiz veya geçerli bir nedene dayanmadan belirli bir süre devamsızlık yapmasıdır. Devamsızlığı haklı kılan nedenlerin önceden sayılması mümkün olmayıp somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerekmektedir³⁹².

Yargıtay bir kararında³⁹³, hastalığı üzerine dört gün rapor alan ve raporun bitim süresinin üstüne izinsiz ve habersiz bir şekilde iki gün daha işe gitmeyen ve savunması alınmak istendiğinde savunma ve imzadan imtina eden işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini kabul etmiştir.

İşçinin görevini kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde işveren İşK. md. 25/II-h uyarınca sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshedebilecektir.

İşveren söz konusu hatırlatmayı yazılı veya sözlü olarak yapabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin haklı nedenle feshedilebilmesi için her işçiye ayrı ayrı ve birden fazla kere hatırlatma yapılmasının gerekliliğidir. Zira madde metninde geçen “ısrar etme” fiilinin gerçekleşebilmesi için birden fazla kere hatırlatma yapılmış olması gerektiği açıktır³⁹⁴.

³⁹² Bakırcı ve Bozce, a.g.e., s. 87.

³⁹³ “Somut olayda, davacı hastalanması nedeni ile 18-19-20-21.11.2015 tarihlerinde işe gidemediğini bu durumu iş yerine bildirdiğini, hastalığının uzaması nedeni ile 20.11.2015 ve 21.11.2015 tarihlerinde rapor aldığını ancak iş başı yapmak üzere iş yerine gittiğinde işe alınmadığını iddia etmiş, davalı ise davacının mazeretsiz olarak işe gelmemesi nedeni ile iş akdine haklı nedenle son verildiğini belirtmiştir. Dosya içeriğine göre, davacı hakkında 18-19.11.2015 tarihlerinde işe gelmediğine ilişkin tutanak tutulduğu ve 20.11.2015 tarihinde devamsızlık yaptığı tarihler nedeni ile davacıdan savunma istendiği, davacının savunma ve imzadan imtina ettiği anlaşılmaktadır. Ayrıca 23.11.2015 tarihinde davacıdan devamsızlık yaptığı tarihler için varsa mazeretinin bildirilmesinin istendiği, davacının 23.11.2015 tarihinde keşide edilen ihtarname ile 18.11.2015 ve 19.11.2015 tarihleri için telefon yolu ile ... adlı kişiden izin aldığını, raporunun bittiği 23.11.2015 tarihinde iş yerine gittiğini ancak işe alınmadığını belirttiği anlaşılmış olup dosyada davacının belirttiği tarihlerde raporlu olduğunu gösterir bir belge mevcut değildir. Ayrıca, davacının dosyaya sunduğu tüm personelin dikkatine başlıklı fotokopi belgelerindeki belgede işe gelmeme halinde bilgilendirme yapılabileceği belirtilen kişilerden ... isimli şahıs tanık sıfatı ile dinlenmiş, beyanında davacının 18.11.2015 tarihinde işe gelmediğini bu nedenle kendisini aradığını akşam geleceğini bildirdiğini ancak 19.11.2015 tarihinde de işe gelmediğini, herhangi bir rapor da sunmadığını belirtmiştir. Tüm dosya içeriğine ve tanık beyanlarına göre davacının 18.11.2015 ve 19.11.2015 tarihlerinde işe mazeretsiz olarak gitmediği ve devamsızlığının haklı nedene dayandığını kanıtlamadığı anlaşıldığından kıdem ve ihbar tazminatının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2016/2554 E., 2020/10512 K., 05.10.2020 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁹⁴ Bakırcı ve Bozce, a.g.e., s. 90.

Yargıtay bir kararında³⁹⁵ yemekhanede tüm işçilere yapılan genel bir duyuruyu veya işçilere gönderilen SMS'leri İşK. md. 25/II-h uyarınca bahsedilen hatırlatma dahilinde sayılmayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın başka bir kararına³⁹⁶ konu somut olayda, davacı işçi, diğer iş arkadaşlarına yapılan zam ile kendisine yapılan arasındaki farktan duyduğu rahatsızlıktan dolayı mesai saatleri içinde görev ve sorumluluklarını yerine getirmemeye başlamıştır. İşveren tarafından uyarılan işçinin işi yapmamaya devam etmesi üzerine işveren, yapmakla görevli bulunduğu işi yapmamakta ısrar ettiği gerekçesiyle haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay işverenin davacı işçi ile çalışmasının kendinden beklenemeyecek hale geldiğini kabul ederek feshin geçerliliğine hükmetmiştir.

³⁹⁵ “Dosya kapsamında işverence işçilerin yapmakla ödevli bulundukları görevleri yapmamaları nedeniyle usulüne uygun şekilde uyarılmadıkları, bu konuda tutanak tutulmadığı ve işverence yemekhanede duyuru yapılması, SMS gönderilmesi gibi uygulamanın yasanın aradığı hatırlatma unsuru mahiyetinde bulunmadığı, işçilere genel olarak değil her bir işçiye somut olarak hangi görevin yapılmadığı, yapılması gereken görevin hangi sürede tamamlanması gerektiği hususunda açık hatırlatma bulunmadığı, bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II-(h) bendi kapsamında yapılan feshin kanuna ve yerleşik Yargıtay içtihatlarına uygun olmadığı, yapılan fesih işleminin haklı veya geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay 9. HD., 2022/6781 E., 2022/7670 K., 14.06.2022 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁹⁶ “Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdi 06.05.2016 tarihinde “Verilmiş olan görev ve talimatları gereği gibi yerine getirmediğiniz, verilen görevleri defalarca yazılı olarak kabul etmediğiniz, ifade vermekten imtina ettiğiniz, iş elbiselerinizi giymeden, İş güvenliği ve işyeri disiplin kurallarına göre dolaştığınız, işyerini izinsiz terk ettiğiniz tespit edilmiştir. Yukanda belirtilen nedenlerden dolayı, 25/II-h maddesine göre işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ve 25/H-ı maddesine göre İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, sebebi ile iş akdiniz, şirketimizin yasal hakları saklı kalmak kaydıyla haklı nedenle tazminatsız olarak feshedilmiştir. “denilerek feshedilmiş olup davacının işe gelmediğine dair 12/04/2016 tarihli tutanak düzenlenmiş, 13/04/2016 ve 14/04/2016 tarihlerinde ise normal çalışma mesai saatleri içerisinde görev ve sorumluluklarını yerine getirmeyerek iş bırakma eylemine giden davacıdan bu konuda savunma istenmiş, davacı savunmasında arkadaşlarına yapılan zam ile kendisine yapılan zam arasında fark olduğu için çalışma isteği kalmadığını, 2 yıldır söz verilmesine rağmen hiçbir iyileştirme yapılmadığını, 18/04/2016 tarihinde yıllık iznini kullanıp geri işbaşı yaptığında istifa dilekçesini yazacağını, bu duruma gelinmesinin sebebinin adaletsiz davranışlar olduğunu beyan etmiştir. Feshe konu olan bu olaylar öncesinde de davacının 29.12.2014 tarihinde amiriyle fiziksel müdahaleye varan bir tartışması nedeniyle savunmasının alındığı ve davacının olayları doğruladığı, 18.06.2015 tarihinde ise verilen işleri zamanında yapmadığı ve sürekli telefonuyla oynaması nedeniyle savunmasının alındığı davacının savunmasında bu hususları da doğruladığı anlaşılmaktadır. Tüm dosya kapsamı ve davacının bahsedilen savunma yazıları birlikte değerlendirildiğinde davacının aldığı ücretten ve yapılan zamdan memnun olmadığı, bu durumun işe odaklanmasını etkilediği, verimliliğini/performansını olumsuz etkilediği, bir başka anlatımla ücret konusundaki memnuniyetsizliğinin işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve işverenin artık davacı ile çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği anlaşılmakla davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı anlaşıldığından mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD. 2017/27771 E., 2018/14406 K., 02.07.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

Yargıtay, işçinin görevini gereği gibi yerine getirmediği ve sorunlu olan ürünleri sorunsuz gibi rapor ettiği bir olayda, ölçülülük denetimi yaparak bu durumun haklı neden oluşturacak ağırlıkta olmadığını belirtmiştir ancak işçinin davranışının işyerinde olumsuzluğa yol açtığını kabul ederek feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir³⁹⁷.

İşçinin kendi kusuruyla işvereni, otuz günlük ücreti tutarıyla ödeyemeyeceği miktarda bir zarara uğratması halinde, işveren İşK. md. 25/II-ı uyarınca sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshedebilir.

Yargıtay, işçinin kusursuz olduğu durumlarda, işverenin haklı fesih hakkının olmadığını; işçinin belli bir oranda kusuru olması halinde ise zararın miktarının, kusur nispetinde azaltıldıktan sonra hesaplandıktan sonra otuz günlük ücretini aşp aşmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁹⁸.

Ayrıca, zararın işçinin kastından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının sonuç bakımından bir etkisi olmayacağını da vurgulamaktadır³⁹⁹.

Yargıtay, davacı işçinin tamirini yaptığı müşteriye ait araçta hatalı işlemi sonucunda otuz günlük ücretinin “çok üzerinde” bir zarar meydana getirmesi üzerine verdiği bir kararda⁴⁰⁰, feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir.

³⁹⁷ “Somut uyumsuzlukta, dosyadaki tüm bilgi, belge ve beyanlardan, davacının görevi gereği üretilen ürünleri kontrol ettikten sonra sorunlu ürünleri sorunsuz gibi rapor ettiği ve bu durumun iş yerinde olumsuzluğa yol açtığı anlaşılmaktadır. Davacı da, işverence alınan savunmasında bu durumu kabul eder ifadeler kullanmıştır. Her ne kadar davacı vekili savunmanın işveren yönlendirmesi ile alındığını iddia etmiş ise de bu iddia da usulünce kanıtlanamamıştır. Bu halde sabit eylemi ile işyerinde olumsuzluğa yol açan davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedenle dayanmakta olup Mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2016/35811 E., 2018/674 K., 22.01.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

³⁹⁸ “İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı fesih imkanı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşp aşmadığına bakılmalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2017/26113 E., 2018/11848 K., 28.01.2010, www.yargitay.gov.tr, E.T: 21.08.2024.

³⁹⁹ “Zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi farkı bulunmamaktadır. Örneğin işverene ait iş makinesi paletlerine kasten metal cisim sokmak suretiyle zarar veren işçinin ve trafik kazası sonucu işvereni zarara uğratan işçinin aynı şekilde iş sözleşmeleri haklı nedenle sona erdirilebilir.” Yargıtay 9. HD., 2008/25906 E., 2010/1326 K., 26.01.2010 T., www.lexpera.com.tr, E.T: 21.08.2024.

⁴⁰⁰ “Zararın otuz günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğar. İşçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması, işverenin bu hakkını ortadan kaldırmaz. İşverence zarar tutarının işçiden talep edilmemiş olması fesih hakkını ortadan kaldırmaz. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 26’ncı maddesi yönünden bir yıllık hak düşürücü süre, zarara neden olan olayın oluşumu tarihinden itibaren başlar. Ancak altı işgünlük ikinci süre, zarar miktarının belirlenmesinin ardından, bu durumun feshe yetkili makama iletilmesiyle işlemeye başlayacaktır. Zarar miktarının belirlenmesi bazen uzun zaman

Yargıtay, verdiği başka bir kararında, işçinin kusurunun %20, işverenin kusurunun %80 olduğu tespit edilmiştir. Yerleşik içtihatları uyarınca meydana gelen zarar, işçinin kusur yüzdesi üzerinden hesaplanmıştır. Yapılan hesaplama neticesinde ortaya çıkan tutar dahi işçinin otuz günlük ücretinden yüksektir. Buna rağmen Yargıtay, yaptığı ölçülülük denetiminin sonunda işçinin kusurunun azlığını gerekçe göstererek feshin haklı nedene dayandığını kabul etmemiş; ancak işçinin davranışının işyerinde yarattığı olumsuzluğu göz önünde bulundurarak feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir⁴⁰¹.

alabilir ve fesih hakkının kullanılması bakımından zarar miktarının belirlenmesi ve işçinin ücreti ile kıyaslanması zorunluluğu vardır. Somut uyuşmazlıkta, dosyadaki bilgi ve belgelerden ve özellikle davacıya ait savunma içeriğinden, bakım ve tamiri davacı işçi tarafından yapılan müşteriye ait bir araçta davacının gerçekleştirdiği hatalı bir işleme istinaden kapak ve pistonun hasar gördüğü ve araçta 11.418,86-TL'lik hasar meydana geldiği, hasar miktarının davacı işçinin 30 günlük brüt ücret tutarının çok üzerinde olduğu, davalı işverenin iş akdini bu nedenle feshettiği, feshin İş Kanunu'nun 25/II-ı maddesine göre haklı nedene dayandığı, işe iade davasının açıklanan nedenle reddi gerektiği anlaşılmaktadır. Bölge Adliye Mahkemesinin, İlk Derece Mahkemesinin yerinde olan davanın reddine ilişkin kararını davacı vekilinin istinaf talebini kabul ederek oy çokluğuyla bozup, işe iade davasının kabulüne karar vermesi hatalıdır. 4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca, Dairemizce hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.” Yargıtay 9. HD., 2017/26113 E., 2018/11848 K., 28.05.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

⁴⁰¹ “Özellikle 2. fıkra ve bu fıkranın yasal gerekçesi ile kaynak alınan İsviçre Borçlar Kanunu’nun uygulaması karşısında 25/II.1 bendindeki haklı nedenin yeniden değerlendirilmesi ve yoruma tabi tutulması gerekir. Zira ikinci fıkradaki düzenleme ile işçinin kusur oranına göre verdiği hasar otuz günlük ücretini aşıya da kusurun daha çok işverende veya başka bir etkende olduğu, işçinin kusurunun daha az ve hafif olduğu durumlarda sorumlu tutulmamasına karar verilecektir. Diğer taraftan işveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesihte bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir. Dosya içeriğine ve özellikle iş güvenliği uzmanlarından alınan kusur raporuna göre, davaya konu olayda davalı işverenin % 80, davacı işçinin ise % 20 oranında kusurlu olduğu, ortalama zararın 50.000 TL civarında kabul edilebileceği, davacının kusuruna tekabül eden zarar kısmının 10.000 TL kadar olduğu tespit edilmiştir. Meydana gelen olayın bu oluş şekline göre davacı hafif kusurludur. Bu tespitler ve 6098 sayılı TBK.’un 400/2 maddesi kapsamında davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ölçülülük ilkesine aykırı düşer. Meydana gelen zararın işçinin kusuruna oranlama yapıldığında işçinin otuz günlük ücretinin üzerinde olduğu anlaşılmakla birlikte davalı işverenin olayda daha fazla kusurlu olduğu açıktır. Davacı tarafından sunulan Dairemizin 2014/2957 Esaslı emsal kararında da belirtildiği gibi davacının hafif kusurlu olduğu somut olayda söz konusu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığından işverence yapılan fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., 2019/4548 E., 2019/14050 K., 24.06.2019 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

Yargıtay, aynı konuda verdiği başka bir kararında da işçinin kusurunun işverenin kusurundan hafif olması gerekçesiyle, haklı nedenle derhal feshin ölçüsüz olacağını belirtmiş; fakat işçinin davranışının haklı neden ağırlığında olmasa da işyerinde olumsuzluklara yol açtığı için feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir⁴⁰².

Yargıtay bu konudaki kararlarında, işçinin kusur oranı belirlenmeden yapılan hesaplamalar sonucu verilen kararları “*eksik inceleme ile kusur raporu alınmadan karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir*” diyerek bozmaktadır⁴⁰³.

Yargıtay istikrarlı kararlarında⁴⁰⁴, İşK. md. 25/II-1 bendinin yasal gerekçesi çerçevesinde yoruma tabi tutulması gerektiğini, bu yorumun da ölçülülük ilkesinden faydalanılarak yapıldığını gerekçe kısmında özellikle vurgulamaktadır.

⁴⁰² “Dosya içeriğine ve özellikle iş güvenliği ve mühendis tarafından ortak olarak düzenlenen kusur raporuna göre “işverenin kayda dayalı sistemi kurmaması ve işletmemesi nedeni ile % 50 oranında, kalan % 50 oranındaki kusurun 85’ine tekabül eden 42,5 oranında ise davacı ile birlikte üç işçinin birlikte eşit oranda kusurlu oldukları” anlaşılmıştır. Hatalı üretimin bu oluş şekline göre davacı hafif kusurludur. Bu tespitler ve 6098 sayılı TBK. ’un 400/2 maddesi kapsamında davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ölçülülük ilkesine aykırıdır. Davacının hafif kusurlu olduğu bu hatalı üretimde yaptığı davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığından geçerli neden kabul edilmelidir.” Yargıtay 9. HD., 2015/1642 E., 2015/10040 K., 11.03.2015 T., www.yargitay.gov.tr; E.T: 20.08.2024.

⁴⁰³ Yargıtay 9. HD., 2014/25634 E., 2015/36847 K., 24.12.2015 T.; Yargıtay 22. HD., 2013/7461 E., 2013/11082 K., 16.05.2013 T.; Yargıtay 9. HD., 2009/14408 E., 2010/1839 K., 01.02.2010 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

⁴⁰⁴ “Özellikle 2. fıkra ve bu fıkranın yasal gerekçesi ile kaynak alınan İsviçre Borçlar Kanunu’nun uygulaması karşısında 25/II.1 bendindeki haklı nedenin yeniden değerlendirilmesi ve yoruma tabi tutulması gerekir. Zira ikinci fıkradaki düzenleme ile işçinin kusur oranına göre verdiği hasar otuz günlük ücretini aşıya da kusurun daha çok işverende veya başka bir etkende olduğu, işçinin kusurunun daha az ve hafif olduğu durumlarda sorumlu tutulmamasına karar verilecektir. Diğer taraftan İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesihte bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.” Yargıtay 9. HD., 2014/2957 E., 2015/15780 K., 29.04.2015 T.; Yargıtay 9. HD., 2014/32295 E., 2016/4212 K., 29.02.2016 T.; Yargıtay 9. HD., 2016/27351 E., 2017/16628 K., 25.10.2017 T.; Yargıtay 9. HD., 2016/21065 E., 2019/7060 K., 28.03.2019 T.; Yargıtay 9. HD., 2016/1262 E., 2016/21834 K., 12.12.2016 T.; Yargıtay 9. HD., 2016/30461 E., 2017/18864 K., 22.11.2017 T.; Yargıtay 9. HD., 2015/19925 E., 2015/26047 K., 17.09.2015 T.; Yargıtay 9. HD., 2014/25613 E., 2015/35340 K., 14.12.2015 T.; Yargıtay 9. HD., 2016/18628 E., 2017/12716 K.,

Yargıtay'ın bu ve benzeri kararlarında ölçülülük ilkesini adil bir denge kuracak biçimde uygulamadığı kanaatindeyiz. Zira, İşK. md. 25/II-ı uyarınca, hakime ölçülülük denetimi yapabileceği bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Aksine, maddede öngörülen durumun (meydana gelen zararın işçinin otuz günlük ücretini aşması) gerçekleşmesi halinde işverenin haklı nedene dayanarak derhal fesih hakkı doğacağı düzenlenmiştir. Fakat uygulamada, yasa ile öngörülen durumun gerçekleşmesine karşın yine de işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanmasına müsaade edilmemektedir. Bu noktada, ölçülülük ilkesinin işlevinin makul bir denge kurmak ve iki tarafın hakkını da kullanılamaz hale getirmemek olduğunu hatırlamak gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlanabiliyor olması, ölçülülük ilkesinin gereğidir. İşverenin fesih hakkının da kanunla sınırlandırılması gerekirken Yargıtay, kanunun işverene tanıdığı hakkı adeta görmezden gelerek ölçülülük ilkesini uygulamaktadır.

Kanaatimizce bu durumun çözümü, belirtilen bentlerde ölçülülük denetimi yapmamak değil, aksine yasal düzenlemeyi uygulama ile uyumlu hale getirmektir. Ancak bu şekilde hem işverenden daha güçsüz konumdaki işçi korunmuş olacak; hem de işverenin fesih hakkı öngörülme-yen sınırlamalar ile tamamen kullanılamaz hale gelmeyecektir.

3.2.3. Zorlayıcı Sebebin Varlığı Halinde Yapılan Bildirimsiz Fesihte Ölçülülük Denetimi

İşçiyi işyerinde bir haftadan uzun bir süre çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işveren sözleşmeyi İşK. md. 25/III uyarınca haklı nedene dayanarak derhal feshedebilir.

Burada bahsedilmek istenen işçiyi etkileyen bir mücbir sebebin varlığıdır. Örneğin işçinin evinin yanması ve işçinin işe gelememesi halinde, işveren sözleşmeyi feshedebilecektir. Buna karşın tam tersi bir durumda, örneğin işyerinde yangın

11.09.2017 T.; Yargıtay 9. HD., 2016/640 E., 2019/7059 K., 28.03.2019 T.; www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

çıkıldığında, işveren bu madde kapsamında sözleşmeyi feshedemeyecektir aksine bu durum İşK. md. 24 uyarınca işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği bir durumdur.

Yargıtay, Irak'ta çıkan iç savaş nedeniyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçi hakkında verdiği kararda⁴⁰⁵, zorlayıcı nedenin iki taraf için de gerçekleşmiş olduğunu tespit etmiş ve sözleşmenin feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir.

3.2.4. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması Halinde Devamsızlığın Bildirim Süresini Aşması Halinde Ölçülülük

İşçinin göz altına alınması veya tutuklanması ve bu sebeple devamsızlığının İşK. md. 17'de öngörülen bildirim sürelerini aşması halinde işveren İşK. md. 25/IV uyarınca haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Gözaltı ve tutukluluk süresinin bildirim süresini aşmadığı hallerde, iş sözleşmesi haklı nedene dayanılarak feshedilemez.

Gözaltı ve tutukluluk süresinin, maddede öngörülen süreyi aşmadığı hallerde bu maddeye dayanılarak yapılan fesih, kanunda öngörülen şartları taşımadığı gerekçesiyle ölçüsüz olacaktır.

⁴⁰⁵ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı, en son davalıya ait Irak'ın Basra şehrinde bulunan şantiye işyerinde çalışmış ve 2014 yılında sözü edilen yerde mevcut iç savaş nedeniyle Türkiye'ye dönmüş, bir süre sonra işveren tarafından iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. İşyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı nedenin ortaya çıkması halinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/III. Maddesi uyarınca işverenin derhal fesih hakkı bulunup sözü edilen fesih şekline göre davacı işçinin kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerinde ise de ihbar tazminatının hüküm altına alınması hatalıdır. İç savaş sebebiyle işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı nedenin ortaya çıktığı açık olup sözü edilen zorlayıcı neden her iki taraf bakımından gerçekleşmiş sayılmalıdır. İç savaş ortamında yabancı ülkede işçinin çalışması iş sağlığı ve güvenliği kuralları gereğince mümkün olmadığından ve bu durum bir haftadan fazla çalışmaktan alıkoyduğundan işçi açısından da zorlayıcı neden olarak değerlendirilmelidir. Dairemiz uygulaması, ...'da meydana gelen iç savaş sebebiyle işveren fesihlerinde de 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/III. Maddesi kapsamında ihbar tazminatı isteğinin reddi yönünde olmuştur. Mahkemece, ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD., 2020/4037 E., 2021/1949 K., 21.01.2021 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

Yargıtay bir kararında⁴⁰⁶, gözaltı ve tutukluluk süresinin bildirim süresini aşmaması sebebiyle haklı nedenin varlığını kabul etmemiş ancak işçinin yine de uzun bir süre iş görme borcunu yerine getirmemiş olmasının işyerinde meydana getirebileceği olumsuzlukları dikkate alarak feshin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir.



⁴⁰⁶ “Somut uyuşmazlıkta, davacının ... 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/223 Esas sayılı dosyasında yargılandığı, 19/08/2016 tarihinde gözaltına alındığı ve sonra tutuklandığı, 21/10/2016 tarihli son duruşmada tahliyesine karar verildiği, davacının işyerindeki çalışma süresine göre 8 haftalık ihbar süresi bulunduğu ve davacının 19.08.2016 tarihinden itibaren bahsedilen nedenle işe gelemeyeceği gözetildiğinde bildirim süresinin 14.10.2016 tarihinde dolduğu, fesih bildiriminin de ihbar süresinin dolduğu 14.10.2016 tarihinde işçiye gönderildiği anlaşılmaktadır. İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince; fesih bildiriminin işçiye gönderildiği tarih itibari ile gözaltı ve tutukluluk süresinin ihbar önelinden bir gün az olması nedeniyle "bildirim süresi aşılmamış olduğundan" feshin geçersiz olduğu kabul edilmiş ise de; bu kabul dosya içeriği ile örtüşmemektedir. Bildirim süresinin aşılmamış olması nedeniyle fesih tarihi itibarıyla iş akdinin feshinin haklı nedene dayalı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Ancak davacının fesih bildiriminin işçiye gönderildiği tarihe kadar geçen gözaltı ve tutukluluk süresi dikkate alındığında, işçinin bu kadar uzun süre işverene karşı olan işgörme borcunu yerine getirmemesi işyerinde olumsuzluklara yol açacağından feshin haklı nedene dayalı olmasa bile geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Açıklanan nedenler ile feshin geçerli nedene dayalı olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeler ile davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmiş olması hatalı olduğu gibi davalının istinaf talebinin esastan reddedilmiş olması da hatalıdır.” Yargıtay 22. HD., 2017/39292 E., 2018/16082 K., 27.06.2018 T., www.yargitay.gov.tr, E.T: 20.08.2024.

SONUÇ

Çalışmamız boyunca, hukuki ilişkilerdeki çatışan menfaatleri adil bir şekilde dengelemeyi sağlayan ölçülülük ilkesi, ortaya çıkışı ve hukuki gelişiminden başlanarak incelenmiş, kamu hukuku çerçevesinde temel haklara olan etkisi ve özel hukukta kural olarak eşit olan taraflar arasındaki ilişkilerdeki rolüne değinilmiştir. İlk olarak devlet ve birey arasındaki güç dengesizliğini önlemeyi amaçlayarak ortaya çıkan ölçülülük ilkesinin, zaman içinde özel hukuk ilişkilerinde de uygulama alanı bulmasının, sosyal devlet ilkesi ve modern hukukun bireye verdiği değerin değişmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıktığı tespit edilmiştir.

Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt unsurlarından oluşan ölçülülük ilkesinin somut duruma nasıl uygulanacağı ve ölçülülük denetiminin mahkemelerce nasıl yapıldığı hususları çalışmamızın içindeki örnek AYM ve Yargıtay kararlarıyla somutlaştırılmıştır.

İş sözleşmesi kapsamında, işverenin konum olarak işçiden daha güçlü olduğu açıktır. İşçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğinin devlet tarafından ölçülülük ilkesi vasıtasıyla denetlenmesi, hukukun temelindeki adalet duygusunun ve demokratik toplumun gereklerindendir.

İşveren ve işçi arasındaki çatışan menfaatlerin, sonucunun ağırlığı bakımından en kritik olduğu iki alan, işverenin iş sözleşmesinin devam ettiği sürece sahip olduğu yönetim hakkını kullanması ve iş sözleşmesinin sona ermesi aşamasında kullandığı fesih hakkıdır.

Ölçülülük ilkesinin genel bir hukuk ilkesi olması ve her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak uygulanması gerekmesi sebepleriyle, işverenin yönetim hakkını kullanmasının ölçülülük çerçevesindeki sınırları, olabildiğince fazla örnek üzerinden somutlaştırmaya çalışılmıştır.

İşverenin sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan fesih hakkı, aralarındaki ilişkide işverenin daha güçlü konumda olduğu gerekçesine dayanarak, ölçülülük ilkesi uyarınca birtakım sınırlamalara tabi olmaktadır.

Karşılıklı menfaatlerin çatıştığı bu durumda, işverenin sözleşme özgürlüğünce sahip olduğu fesih hakkının karşısında işçinin çalışma hakkı bulunmaktadır. Adil dengenin kurulabilmesi için ölçülülük ilkesi uygulanırken somut durumun özellikleri de önem kazanmaktadır.

Çalışmamızın son kısmında ise İş Kanunu'nca öngörülen fesih türleri ve aralarındaki farklar ortaya konulmuş ve ölçülülük ilkesinin hangi fesih türünde nasıl uygulama alanı bulduğu değerlendirilmiştir. İncelenen Yargıtay kararlarının da gösterdiği üzere hukukumuzda feshin son çare olması ilkesi uygulama alanı bulmakta, bu doğrultuda hem ölçülülük ilkesine hem eşit işlem ve tutarlılık denetimlerine başvurularak işveren tarafından yapılan feshin elverişli, gerekli ve orantılı olması aranmaktadır.

İş Kanunu'nun haklı nedenle feshi düzenleyen maddesinde, işverene fesih hakkı tanıyan bazı hükümlerin, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına alan tanımayacak şekilde düzenlendiği fakat yine de mahkemelerce iş sözleşmesinde güçsüz konumda bulunan işçinin çatışan menfaatler dengesinde ezilmemesi için ölçülülük ilkesinin kıyasen uygulandığı tespit edilmiştir.

Madem ki ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak, hak ve özgürlükler yalnızca kanunlar ile sınırlanabiliyor; işverenin fesih hakkının da ancak kanun ile sınırlanması gerekmektedir. İşverene kanunla tanınmış hakkın kullanımının mahkemelerce sınırlanıyor olması her ne kadar Yargıtay'ın iş ilişkisinde güçsüz konumda bulunan işçiyi korumak adına iyi niyetle sürdürdüğü bir uygulama olsa da bu durum mahkemelerin yasal düzenlemelere uygun karar verdiği hukuk devleti imajını zedelemektedir.

Kanaatimizce bu durumun çözümü, İşK. md. 25'in bazı bentlerine dayanan fesihlerde ölçülülük denetimi yapılmaması değil aksine, yasal düzenlemenin yapılan ölçülülük denetimine imkan sağlayacak şekilde değiştirilmesidir.

Böylece ölçülülük ilkesinin uygulanmasıyla hem zayıf konumdaki işçi korunacak hem de işverenin fesih hakkına, yasayla öngörülmeyen bir müdahalede bulunulmasının önüne geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Adal, Z. ‘İnsan Kaynakları Yönetiminde İşgören Seçiminin Hukuki Boyutu’. *Beykoz Akademi Dergisi*, cilt: 4, sayı: 1, 2016, 72- 88.
- Aliefendioğlu, Y. ‘2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 19, 2002, 141- 176.
- Alp, M. ‘İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 5, sayı: 1, 2003, 1-40.
- Alp, M. ‘Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-’. *Yasa Hukuk Dergisi*, cilt: 17, sayı: 205, Ocak 1999, 1519-1535.
- Alp, N. S. ve Korkmaz, F. *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Alpagut G. ‘İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı- Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sayı: 1, 2006, 71-83.
- Akyiğit, E. *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Akyiğit, E. *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Arıcı, K. *Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (Çev. S. Babür), Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1988.
- Aydınlı, İ. ‘İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler Ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi’. *Türk Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenler Sendikası Dergisi*, cilt: 46, Kasım 2005, 21-42.
- Bakırcı, H. A. ve Bozce, B. İ. *Yargıtay Kararları Işığında Uygulamaya Yönelik Haklı- Geçerli Nedenler İle İş Akdinin Feshi Ve Kıdem Tazminatı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

- Balkır, Z. G. ‘İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması Ve Etik Sınırlar’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sayı: 12, Aralık 2008, 73- 79.
- Barca, M. H. *İş Sözleşmesinin Mesleki Yetersizlik (Performans) Nedeniyle Feshi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Bayraklı, B. *Farabi’de Devlet Felsefesi*, Doğuş Yayın, İstanbul, 1983.
- Bayram, F. ‘Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu’, Doktora Tezi, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2011.
- Bendor, A. L. ve Sela, T. ‘How Proportional Is Proportionality?’. *International Journal Of Constitutional Law*, volume: 13, issue: 2, April 2015, 530- 544.
- Berki, A. H. *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979.
- Bilgin, A. A. ‘Divan’ın İkilemi: Temel Haklar Ve Temel Özgürlükler Arasında Denge?’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 13, sayı: 1, 2012, 51- 93.
- Birben, E. ‘İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi’, Doktora Tezi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İzmir, 2006.
- Bulut Uslu, N. ‘Farabi Ve Aristoteles’te Mutluluk Ahlakı’. *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, cilt: 8, sayı: 2, 2018, 469-480.
- Ceylan, A. ‘Teori Ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi’, Yüksek Lisans Tezi, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2008.
- Cianciardo, J. ‘The Principle Of Proportionality: The Challenges Of Human Rights’. *Journal Of Civil Law Studies*, volume: 3, 2010, 176-186.
- Çelik N., Caniklioğlu N., Canbolat T. ve Özkaraca E. *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım, İstanbul, 2023.
- Değirmenci, R. ‘Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz’. *Ombudsman Akademik Dergisi*, cilt: 1, sayı: 2, Temmuz 2015, 103-120.
- Demircioğlu M. ve Centel T. *İş Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2016.

- Eflatun, *Devlet* (Çev. S. Eyüboğlu), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975.
- Engle, E. 'The History Of The General Principle Of Proportionality: An Overview'. *The Dartmouth Law Journal*, 2012, 1-11.
- Erdem, J. G. 'Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri'. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 62, sayı: 4, Aralık 2013, 971-1006.
- Ekmekçi Ö. ve Yiğit E. *Bireysel İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Ekonomi, M. 'Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri'. *TÜSIAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi I*, İstanbul, 2005.
- Epikür, *Mektuplar Ve Maksimler* (Çev. H. Örs), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1962.
- Evren, Ö. K. *İş Güvencesi El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Eyrenci Ö., Taşkent S. ve Ulucan D. *İş Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- Gerçek, A. 'Vergi Hukuku Alanındaki Takdir Yetkisinin Kullanılmasında İdarenin Ve Memurun Sorumluluğu'. *Uludağ Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, cilt: 29, sayı: 2, 2010, 23-50.
- Göktaş, S., *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Göze, A. *Siyasal Düşünceler Ve Yönetimler*, Beta, İstanbul, 1989.
- Gözler, K. *Kısa İdare Hukuku*, Ekin Basım, Bursa, 2014.
- Grimm, D. 'Kanada Ve Almanya Anayasa Hukukunda Ölçülülük' (Çev. K. Başol ve E. K. Demirkıran). *Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt:1, sayı: 1, Ekim 2019, 193-208.
- Gürkan, E. S. 'Türk Hukukunda İşverenin İşe Alım Görüşmelerinde Aday İşçiye Soru Sorma Hakkının Sınırları'. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 16, sayı: 1, 2017, 111- 149.
- Gürsel, İ. 'Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihden Önce İşçiye Başka İşte Çalıştırması'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 2, sayı: 40, 2018, 97-113.
- Hekimler, A. *Şematik İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku Boyutunda*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

- Kaboğlu, İ. ‘Hak Ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 11, 1994, 237- 252.
- Kanadoğlu, O. K. ‘Türk Ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması Ve Uyumlaştırılması’, Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 1998.
- Kar, B. ‘Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sayı: 15, Eylül 2009, 60- 69.
- Karademir, A. *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Kasapoğlu Turhan, M. ‘İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması Ve Sınırlandırmanın Sınırları’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 14, sayı: 2, 2012, 1-37.
- Kaplan, E. T. *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- Kaygusuz, Z. ‘Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Uygulamalarında Ölçülülük İlkesi: Bir Model Öneri Olarak GE-EL-OR Ölçü Testi’, Doktora Tezi, *Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü*, Ankara, 2016.
- Keser, H. ‘4857 sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar’. *Kamu-İş*, cilt: 7, sayı: 3, 2004, 37-73.
- Kılıçoğlu M. ve Şenocak K., ‘İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği Ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu’. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği*, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, 2010, 181-211.
- Kıpçak, H. C. *Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kıvrakdal, A. ‘İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi’, Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2018, s. 218- 219.

- Koca, M. ‘Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol Tedbirinin” Değerlendirilmesi’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 5, sayı: 2, 2003, 109-142.
- Koç, Y. ‘İş Güvencesinin Öyküsü’. *Mülkiye Dergisi*, cilt: 26, sayı: 236, 2002, 131-178.
- Kont, Ö. *İş Kanunu’nda Geçersiz Sebep ile Yapılan Fesih Ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kurt, R. ve Koç, M. *İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Metin, Y. *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Montesquieu, C. L. *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çev. B. Günen), Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2020.
- Oğurlu, Y. *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Okur, Z. ‘İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü’. *Kamu-İş*, cilt:8, sayı:4, 2006.
- Öktem Songu, S. ‘Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 15, özel sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, 2013, 609-650.
- Poyraz, E. *İş Hukuku- Şemalı Anlatımlı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Rousseau, J. J. *Toplum Sözleşmesi* (Çev. V. Günyol), Çan Yayınları, İstanbul, 1974.
- Rumpf, C. ‘Ölçülülük İlkesi Ve Anayasa Yargısındaki İşlevi Ve Niteliği’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 10, 1993, 25-48.
- Sağlam, F. *Temel Hakların Sınırlanması Ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Sağlam, M. ‘Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu’. *Anayasa Yargısı Dergisi*, cilt: 19, 2002, 233-266.

- Sarı, A. *İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Saygın, E. 'Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk Ve İngiliz Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz'. *Ankara Barosu Dergisi*, cilt: 75, sayı: 2, Temmuz 2017, 57-88.
- Sevimli, K. A. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal, İstanbul, 2006.
- Sezgin, S. *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerine Yönelik Müdahaleler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Sungurtekin Özkan, M. 'İcra Hukukunda Oranlılık (Ölçülülük İlkesi)'. *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, Prof. Dr. Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, 177-203.
- Sümer, H. H. *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Süzek, S. 'İşverenin Eşit Davranma Borcu'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 4, sayı: 12, 2008, 24-38, s. 28.
- Spinoza, B. *Etika* (Çev. H. Z. Ülken), Dost, Ankara, 2011.
- Taşkent, S. 'Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler'. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 1, sayı: 21, 2011, 15-24, s. 20.
- Tsakyrakis, S. 'Proportionality: An Assault On Human Rights? A Rejoinder To Madhav Khosla'. *International Journal Of Constitutional Law*, volume: 8, issue: 2, April 2010, 307-310.
- Tuncay, A. C. 'Magna Carta (Büyük Ferman)'. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt:10, sayı: 135- 136, Aralık 2015, 7.28.
- Tunçomağ K. ve Centel T. *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım, İstanbul, 2016.
- Türmen, R. 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları'. *Yargıtay Dergisi*, cilt:28, sayı:1-2, 2002, 192-213.
- Uçar, A. *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkının Sınırlandırılması*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020.
- Uçar, O. ve Yereli, A.B. 'Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak 'Ölçülülük' İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında

Değerlendirilmesi’. *Maliye Dergisi*, sayı: 176, Ocak- Haziran 2019a, 575-598.

Uçar, O. ve Yereli, A.B. ‘Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar (Osmanlı’dan Günümüze Tarihsel Bir Değerlendirme)’. *Sosyoekonomi*, cilt: 27, sayı: 42, 2019b, 203-226.

Ugan Çataalkaya, D. ‘İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi’, Doktora Tezi, *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2017.

Uncular, S. *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Ünlü, V. ‘Çalışanların Mesai Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?’. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, cilt: 2, sayı: 22, Haziran 2011, 209-219.

Üstün Y. Ve Günal A. N. ‘İş İlişkilerinde Bazı Yaygın Uygulamaların Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi’. *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, cilt: 2, sayı: 2, 2020, 62- 73.

Yıldız, G. B. ‘Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi’. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 15, özel sayı, 2013, 681-707.

Yiğit, Y. ‘4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi’. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 27, sayı: 3, 2019, 749- 784.

Yürekli, S. ‘İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)’. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt: 72, sayı: 2, 2014, 541-579.

İnternet Kaynağı

www.conseil-constitutionnel.fr, ‘Declaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789’, E.T: 20.08.2024.

www.laws-lois.justice.gc.ca, ‘Constitution Act, 1982’, E.T: 17.08.2024.

www.tbmm.gov.tr, ‘TBMM 893 no’lu Komisyon Raporu’, E.T: 20.08.2024.

www.anayasa.gov.tr, E.T: 17.07.2024.

www.kazanci.com.tr, E.T: 20.04.2024.

www.legalbank.net, E.T: 21.08.2024.

www.lexpera.com.tr, E.T: 18.08.2024.

www.sozluk.gov.tr, E.T: 18.08.2024.

www.yargitay.gov.tr, E.T: 18.08.2024.

