

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME GEREKLERİ İLE
FESHİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tolga DOĞAN

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN

ARALIK 2021

ÖNSÖZ

Bugün itibariyle dünya üzerinde çoğunlukta ve baskın olan ekonomik yapı, liberal ve özgürlükçü ekonomik sistemlerdir. İşverenlerin kendi işletmelerini serbestçe idare etmeleri liberal sistemin kaçınılmaz bir sonucudur. Bu serbestlik kapsamında işverenler, istihdam edecekleri işçileri özgürce seçmekte ve verimliliği arttırmak amacıyla bazı işçiler ile iş ilişkilerini sonlandırmaktadır. Bu durum işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin özellikle korunması gereken hassas bir ortam yaratır. Bu çalışmamız, işletme gerekleriyle fesih konusunu ele almış ve bu hassas dengenin korunmasına katkı sağlamak gayretiyle kaleme alınmıştır.

Öncelikle, tez çalışmam esnasında benden desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen ve her zaman varlıklarını yanımda hissettiğim başta Sevgili Annem Nuray Doğan olmak üzere, annem, babam, teyzem ve kardeşime şükranlarımı sunarım. Bu çalışmanın doğmasında ve gelişmesinde büyük katkıları olan tez danışmanım Sayın Dr. Öğr. Üyesi Sedef Koç Tangün'e teşekkürlerimi sunarım. Yine, bu çalışmada araştırmalarım ve hukuki tartışmalarım yaptığı sonsuz katkılar için Sevgili Av. Ayçe Ertekin'e kalbi teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
KISALTMALAR	vi
RESUME	vii
ABSTRACT	xii
ÖZET	xvii

GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: İş Sözleşmelerinin Feshi ve Fesih Sebepleri	4
1.1. Kurucu Unsurlarıyla İş Sözleşmeleri ve İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi.....	4
1.2. İş Sözleşmelerinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi.....	7
1.2.1. Fesih Bildirimi	7
1.2.1.1. Fesih Bildiriminin Hukuki Niteliği	7
1.2.1.2. Fesih Bildiriminin Şekli.....	8
1.2.1.3. Fesih Bildiriminin Hüküm İfade Edeceği An	9
1.2.2. Fesih Türleri.....	10
1.2.2.1. Haklı Nedenle (Derhal) Fesih	11
1.2.2.2. Süreli (Feshi İhbar Yoluyla) Fesih	12
1.2.2.2.1. İşçiden Kaynaklanan Sebepler.....	14
1.2.2.2.2. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler	16

İKİNCİ BÖLÜM: İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler	17
2.1. Kavram ve Kanuni Düzenlemeler.....	17
2.2. İş, İşyeri ve İşletme Kavramları.....	18
2.3. İşletme ve İşyeri Kavramları Arasındaki Farklar.....	22
2.4. İşletmesel Karar	22
2.4.1. Kavram ve Hukuki Dayanak.....	22
2.4.2. İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü.....	25
2.4.3. İşletmesel Karar Türleri.....	28
2.4.3.1. Kurucu İşveren Kararı.....	28
2.4.3.2. Bağlı İşveren Kararı.....	29

2.4.3.3. Kurucu İşveren Kararı ve Bağlı İşveren Kararı Kavramlarına.....	
Yönelik Eleştiriler	30
2.5. İş Sözleşmesinin Feshine Dayanak Teşkil Eden Sebepler	33
2.5.1. İşyeri İçinden Kaynaklanan Sebepler	35
2.5.1.1. Genel Olarak.....	35
2.5.1.2. İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşveren Verilmesi.....	38
2.5.1.3. Yeniden Yapılanma ve Organizasyon Değişikliği	41
2.5.1.4. Birleşme ve/veya Devralma	45
2.5.1.5. Emekliliğe Hak Kazanan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshi	46
2.5.1.6. Teknolojik Nedenler ve Dijitalleşme	49
2.5.1.7. Norm Kadro Uygulaması	50
2.5.2. İşyeri Dışından Kaynaklanan Sebepler.....	53
2.5.2.1. Genel Olarak.....	53
2.5.2.2. Ekonomik Zorlayıcı Nedenler	54
2.5.2.3. Küresel Salgın	56
2.5.2.4. Hammadde ve enerji Tedarikinde Güçlük	60
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: İşletme Gerekleri ile Feshin Yargısal Denetimi	62
3.1. Yargısal Denetim Kavramı.....	62
3.2. Yerindelik Denetimi Kavramı	63
3.3. Tutarlılık Denetimi.....	65
3.3.1. İşletmesel Kararın Tutarlı Olarak Uygulanması	66
3.3.2. İşçiye Olan İhtiyacın Sona Ermesi	68
3.3.3. İkame İşçi İstihdamı Yapılıp Yapılmadığının Denetimi	70
3.4. Keyfilik Denetimi	73
3.5. Feshin Son Çare Olması	76
3.5.1. Son Çare İlkesinin Hukuki Dayanağı.....	78
3.5.2. Ölçülülük İlkesi	80
3.5.2.1. Elverişlilik İlkesi	81
3.5.2.2. Orantılılık İlkesi	82
3.5.2.3. Gereklilik İlkesi	83
3.5.3. Feshe Alternatif Olabilecek Tedbirler	84
3.5.3.1. İşçinin Farklı Bir Pozisyonda Değerlendirilmesi	85
3.5.3.2. İşyerindeki Fazla Çalışmaların Kaldırılması.....	88
3.5.3.3. Kısa Çalışma	88

3.5.3.4. İşçiye Yeni Niteliklerin Kazandırılması ve Mesleki Eğitim.....	90
3.5.3.5. Ücretsiz İzin	91
3.5.3.6. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçilmesi.....	91
3.6. İş Sözleşmesi Feshedilecek İşçilerin Seçimi	92
3.7. Toplu İşçi Çıkarma.....	95
3.7.1. Kavram ve Hukuki Nitelik.....	95
3.7.2. Toplu İşçi Çıkarmanın Koşulları.....	97
3.8. Birden Fazla Sebebin Bir Arada Bulunması Halinde Denetim	99
3.8.1. Genel Olarak	99
3.8.2. İşyeri İçinden Kaynaklanan Birden Fazla Sebebin Bir Araya.....	
Toplanması	102
3.8.3. İşyeri Dışından Kaynaklanan Birden Fazla Sebebin Bir Araya	
Toplanması	103
3.8.4. İşyeri İçinden ve Dışından Kaynaklanan Birden Fazla Sebebin Bir Araya.....	
Toplanması	104
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA.....	110
ÖZGEÇMİŞ	119

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser
bknz.	: bakınız
C	: Cilt
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İBGK	: İctihadı Birleştirme Genel Kurulu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TİHEKK	: 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
Yarg.	: Yargıtay

RÉSUMÉ

Le sujet de notre étude est la résiliation des contrats de travail basée sur les nécessités de l'entreprise. La résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise est la résiliation du contrat de travail individuel de l'employé par l'employeur pour des raisons découlant du lieu de travail, du travail ou de l'entreprise. Divers facteurs peuvent être à l'origine de cette résiliation, tels que l'établissement d'un lieu de travail plus efficace, l'évitement de causes économiquement difficiles ou le suivi des développements technologiques. Contrairement à la résiliation du contrat de travail en raison de la performance ou du comportement, la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise est indépendante du contrôle de l'employé. Pour des raisons indépendantes de sa volonté, l'employé perd la relation de travail qui lui permet de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille. Pour cette raison, les motifs et le contrôle judiciaire de ce type de résiliation sont extrêmement importants pour maintenir l'équilibre des intérêts entre l'employé et l'employeur. Dans cette étude, le concept de résiliation et le regroupement des motifs de résiliation, des motifs de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise et du contrôle judiciaire de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise sont discutés en détail sous trois rubriques principales.

Il est méthodologiquement important, avant d'aborder la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise, de comprendre la position de ce type de résiliation parmi d'autres motifs de résiliation. En effet, le juge qui procédera au contrôle judiciaire et l'avocat qui présentera une défense sur cette question seront liés par le type et les motifs de la résiliation. En pratique, lorsque la résiliation du contrat de travail est mentionnée, la première chose qui vient à l'esprit est les résiliations basées sur la performance ou le comportement de l'employé. Cependant, les résiliations basées sur les nécessités de l'entreprise sont tout aussi importantes que les résiliations basées sur la performance ou le comportement. Dans ce contexte, dans notre étude, tout d'abord, le concept de résiliation est abordé. Tout en expliquant le concept de résiliation, l'accent est mis sur l'avis de résiliation et le caractère juridique de l'avis de résiliation. La raison en est que l'avis de résiliation est d'une grande importance pour déterminer le type de résiliation. L'avis de résiliation écrit et motivé est pris en compte par les tribunaux pour déterminer le motif de la résiliation lors du contrôle judiciaire. Pour cette raison, le caractère juridique de l'avis de résiliation et la manière dont il est donné sont discutés en détail.

Une fois la notion de résiliation discutée en termes généraux, les résiliations faites pour une cause juste (immédiate) et les résiliations faites par préavis sont expliquées. Cette distinction est essentiellement hors du cadre de notre étude. Cependant, afin de comprendre la position de la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise et d'autres types de résiliation, cette distinction est également brièvement élaborée. Ensuite, les résiliations faites en donnant un préavis sont expliquées et, ce faisant, le concept de juste cause est exposé en termes généraux. Le concept de juste cause et les articles pertinents de la loi sont expliqués au lecteur sans trop entrer dans les détails et surtout en mentionnant les travaux pionniers de l'Organisation Internationale du Travail sur ce sujet. Il est important pour le lecteur de voir le concept

de résiliation pour une cause juste afin de comprendre la position de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise.

Après avoir expliqué les résiliations effectuées en donnant un préavis, et en particulier la notion de résiliation pour une cause juste, certaines sous-rubriques considérées comme une cause juste de résiliation sont expliquées. Dans ce contexte, les résiliations découlant du comportement ou de la performance de l'employé sont brièvement expliquées. Après cela, le sujet principal de l'étude, qui est la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise, est traité. L'objectif de notre étude à ce jour est de s'assurer que la position de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise parmi d'autres types de résiliation est vue. Il a été délibérément évité de trop s'attarder sur d'autres raisons de résiliation et sur le concept de sécurité de l'emploi et la partie principale de la thèse est divisée en sections sur les nécessités de l'entreprise, la résiliation et le contrôle judiciaire. En fait, il existe d'innombrables et très précieuses études expliquant le concept de sécurité de l'emploi dans la doctrine et sur le marché. Accorder une importance inutile à ces parties rendrait difficile pour le lecteur de saisir le sujet principal de la thèse et rendrait la thèse plus volumineuse que nécessaire.

La deuxième partie principale de notre thèse est consacrée aux résiliations effectuées basées sur les nécessités de l'entreprise, du lieu de travail et du travail, et un examen détaillé des raisons qui rendent ces résiliations nécessaires. Tout en expliquant le concept de résiliation en fonction des exigences de l'entreprise, le concept est d'abord expliqué en termes généraux. Dans ce contexte, la distinction entre lieu de travail et entreprise, les caractéristiques distinctives de la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise et sa différence par rapport aux autres types de résiliation sont élaborées.

Le concept de décision opérationnelle apparaît comme une condition sine qua non pour les résiliations basées sur les nécessités de l'entreprise. Il est obligatoire de prendre une décision opérationnelle comme base de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise. En règle générale, les employeurs sont libres de prendre des décisions opérationnelles. Cependant, l'acceptation de la liberté de décision opérationnelle en tant que droit illimité et éternel rendrait le concept de sécurité de l'emploi dysfonctionnel. Pour cette raison, le concept de décision opérationnelle devrait être examiné en profondeur et ses limites devraient être tracées. Dans cette partie de notre étude, le concept de décision opérationnelle est élaboré et les types de décisions opérationnelles sont examinés en détail. Dans ce contexte, la décision constitutive de l'employeur, la décision dépendante de l'employeur et les critiques formulées à propos de ces concepts sont données en détail. Dans cette section, des idées et des opinions sur le concept de décision opérationnelle et les difficultés qu'il crée dans la pratique sont présentées.

Après avoir examiné le concept de décision opérationnelle, les motifs de résiliation possibles qui amènent l'employeur à prendre une décision opérationnelle afin de résilier le contrat de travail de l'employé sont élaborés. Parmi ces motifs de résiliation, certains travaux sur le lieu de travail confiés à un sous-traitant, la productivité, la restructuration, la fermeture du lieu de travail ou de certaines parties de celui-ci, les raisons technologiques et la numérisation, les fusions d'entreprises ou de lieux de travail, la diminution de la production, la retraite et les pratiques normalisées du personnel ont été discutées séparément et en détail. Chacun de ces concepts est capable de provoquer la résiliation, seul ou ensemble, basée sur les nécessités de l'entreprise. Dans la pratique, des concepts tels que l'efficacité et la

restructuration sont fréquemment utilisés dans les avis de résiliation, mais ils ne passent souvent pas le contrôle judiciaire en raison de la mauvaise classification des valeurs qu'ils expriment. Dans ce contexte, la signification de ces concepts est expliquée par des exemples, en tenant compte des vues doctrinales et des décisions actuelles de la Cour de Cassation.

Après l'explication des motifs de résiliation, le regroupement de ces motifs est élaboré. On voit que dans la jurisprudence des tribunaux, le regroupement des motifs de licenciement à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de travail est fréquemment appliqué. Dans cette partie de notre étude, cette distinction a été élaborée et les raisons découlant de l'extérieur et de l'intérieur du lieu de travail ont été classées une par une. En particulier, afin d'établir un lien avec la section sur la coexistence des motifs de résiliation de la troisième partie de notre étude, les raisons découlant de l'intérieur et de l'extérieur du lieu de travail sont expliquées en faisant référence à la section pertinente. Parmi ces raisons, en particulier les crises économiques et la diminution de la production peuvent être trouvées avec presque toutes les autres raisons. Les difficultés économiques de l'employeur entraînent souvent une restructuration du lieu de travail. Cette restructuration, en revanche, entraîne la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise. Dans ce contexte, les difficultés économiques, qui constituent la base des raisons découlant de l'intérieur du lieu de travail, sont également élaborées.

La troisième partie de l'étude est consacrée au contrôle judiciaire de la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise. La question fondamentale qui déterminera la limite de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise et protégera l'équilibre des intérêts entre l'employé et l'employeur est le contrôle judiciaire. Avec le contrôle judiciaire, la décision opérationnelle prise par l'employeur est revue en fonction de divers critères tels que la cohérence, l'arbitraire et la proportionnalité. Ce contrôle est basé sur la pratique de la Cour de Cassation, qui est appliquée depuis de nombreuses années, plutôt que sur la loi. Pour cette raison, il n'y a pas de définitions ou de limites précises connues de tous. Il est impératif que ces concepts soient clairement énoncés pour déterminer les limites de la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise. Pour cette raison, chaque concept a été discuté séparément et en détail.

Avant de passer aux critères constituant la portée du contrôle judiciaire, le contrôle de l'opportunité est élaboré. Le contrôle de l'opportunité est l'examen si la décision de l'employeur est commercialement opportune en termes de conditions du marché. L'une des questions les plus difficiles lors de l'examen de la décision opérationnelle est de faire la distinction entre le contrôle de l'opportunité et le contrôle judiciaire. En fait, bien que les tribunaux aient le pouvoir de procéder à un contrôle judiciaire, ils n'ont pas le pouvoir de procéder à un contrôle de l'opportunité. Pour cette raison, les limites du contrôle de l'opportunité et du contrôle judiciaire sont examinées en donnant des exemples et des décisions actuelles de la Cour de cassation.

Après le concept de l'examen de l'opportunité, l'examen de la cohérence et de ses caractéristiques ont été expliqués. Le contrôle de la cohérence signifie que la décision prise par l'employeur est réelle et correcte et est mise en œuvre conformément à la bonne foi. En d'autres termes, l'employeur, qui prétend qu'il y a un surplus de main-d'œuvre et prend donc une décision opérationnelle, est obligé de mettre en œuvre cette décision de manière cohérente. La vérification de ce problème s'appelle l'examen de la cohérence. Tout en expliquant cette section, en particulier le concept de surplus

de travail a été élaboré en détail. Ce qu'est le besoin de main-d'œuvre, dans quels cas le besoin de main-d'œuvre se produira, et comment l'employeur devrait gérer l'excédent afin d'être considéré comme cohérent, sont examinés avec des exemples et des critiques de la doctrine. Enfin, dans le cadre du contrôle de la cohérence, l'emploi de travailleurs suppléants au lieu de travailleurs licenciés et la pratique actuelle de la Cour de Cassation sur ce sujet sont présentés au lecteur, ainsi que des opinions personnelles et certains problèmes rencontrés dans la pratique.

Après le contrôle de la cohérence, le sujet du contrôle de l'arbitraire a été discuté. Le contrôle de l'arbitraire est essentiellement une manifestation, en droit du travail, de l'interdiction de l'abus de droit, qui trouve sa source dans le droit civil. L'employeur devrait utiliser la liberté de prise de décision opérationnelle conformément à la bonne foi et éviter les pratiques arbitraires lors de la prise et de la mise en œuvre des décisions opérationnelles. Dans ce contexte, c'est l'un des exemples les plus courants d'abus de droit que l'employeur cache derrière des raisons opérationnelles telles que la productivité ou la restructuration pour licencier des travailleurs contre lesquels il a une inimitié personnelle ou dont il n'est pas satisfait de la performance. Afin d'éviter de telles situations indésirables, les décisions prises par l'employeur sont sujettes au contrôle de l'arbitraire. Le problème le plus important rencontré lors de ce contrôle consiste à prouver que l'employeur agit arbitrairement. En fait, il est extrêmement difficile pour les tribunaux de déterminer exactement quelles sont les intentions des employeurs. À ce stade, les moyens de preuve du travailleur ont été examinés et les décisions clés de la Cour de Cassation sur le contrôle de l'arbitraire ont été présentées comme un guide.

Après le contrôle de l'arbitraire, le principe de dernier recours et les sous-critères liés à ce principe sont élaborés. Le licenciement en dernier recours est un principe de base voulu dans tous les motifs de résiliation pour les employés couverts par la sécurité d'emploi. La résiliation du contrat de travail de l'employé devrait être la mesure la plus sévère en ce qui concerne les résiliations basées sur les nécessités de l'entreprise. L'employeur devrait d'abord se tourner vers des mesures alternatives, telles que les congés sans solde, le travail court, la réduction des heures supplémentaires et l'emploi de l'employé dans un poste différent, qui peuvent constituer une alternative à la résiliation et essayer de maintenir le contrat de travail en vie. Dans le cadre de notre étude, chacune de ces mesures alternatives a été présentée séparément et avec la jurisprudence actuelle des tribunaux. Là encore, dans le cadre du principe de dernier recours, le principe de proportionnalité et le principe d'opportunité sont traités séparément, et la signification de ces principes en termes des nécessités de l'entreprise et de contrôle judiciaire de la résiliation est examinée en détail.

Lorsqu'il est entendu que la résiliation est inévitable, la sélection des employés dont le contrat de travail sera résilié est une question distincte qui doit être élaborée en termes de résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise. Dans ce type de résiliation, contrairement aux résiliations basées sur la performance ou le comportement, l'identité de l'employé dont le contrat de travail doit être résilié est souvent incertaine. Parce que la résiliation n'est pas causée par l'employé lui-même, mais principalement par des facteurs externes. Il n'y a pas de critère définitif dans la loi ou dans la pratique de la Cour de Cassation concernant la sélection des employés dont le contrat de travail sera résilié. Dans cette section, la jurisprudence de la Cour de Cassation est présentée chronologiquement, ainsi que des exemples de pays étrangers où des réglementations

légales en la matière existent. À la fin de cette section, notre opinion personnelle sur le sujet est également présentée au lecteur.

La dernière partie de notre étude porte sur l'effet de l'existence séparée ou collective de motifs conduisant à la résiliation du contrat de travail sur le contrôle judiciaire. Les raisons de la résiliation qui rendront la résiliation basée sur les nécessités de l'entreprise nécessaire peuvent provenir de l'intérieur ou de l'extérieur du lieu de travail. En particulier en période de crise économique, les raisons impérieuses provenant de l'extérieur du lieu de travail s'allient aux raisons provenant de l'intérieur du lieu de travail et créent de la confusion dans les tribunaux pendant le contrôle judiciaire. Dans cette section, les motifs qui peuvent exister ensemble sont examinés par regroupement et les questions à examiner dans le contrôle juridictionnel au cas où les motifs de résiliation existent ensemble sont présentées au lecteur à la lumière des décisions actuelles de la Cour de Cassation.



ABSTRACT

The subject of our study is the termination of employment contracts based on the necessities of the business. Termination based on the necessities of the business is the termination of the employee's individual employment contract by the employer for reasons arising from the workplace, work or business. Various factors may be behind this termination, such as establishing a more efficient workplace, avoiding economically challenging causes, or keeping up with technological developments. Unlike the termination of the employment contract due to performance or behavior, termination based on the necessities of the business is beyond the control of the employee. For reasons beyond his control, the employee loses the employment relationship that provides for himself and his family. For this reason, the reasons and judicial review of this type of termination are extremely important in terms of maintaining the balance of interests between the employee and the employer. In this study, the concept of termination and the grouping of the reasons for termination, reasons of termination based on the necessities of the business and judicial review of termination based on the necessities of the business are discussed in detail under three main headings.

It is methodologically important, before addressing termination based on the necessities of the business, to understand the position of this type of termination among other grounds for termination. As a matter of fact, the judge who will carry out the judicial review and the lawyer who will present a defense on this issue will be bound by the type and grounds of the termination. In practice, when the termination of the employment contract is mentioned, the first thing that comes to mind is the terminations based on the performance or behavior of the employee. However, terminations based on the necessities of the business are just as important as terminations based on performance or behavior. In this context, in our study, firstly, the concept of termination is dwelled upon. While explaining the concept of termination, the notice of termination and the legal character of the notice of termination are focused on. The reason for this is that the termination notice is of great importance when determining the type of termination. Written and reasoned notice of termination is considered by the courts when determining the reason for termination during the judicial review. For this reason, the legal character of the termination notice and the way it is given are discussed in detail.

After the concept of termination is discussed in general terms, terminations made by a just cause (immediate) and terminations made by prior notice are explained. This distinction is essentially out of the scope of our study. However, in order to understand the position of the termination based on the necessities of the business and other types of termination, this distinction is also briefly elaborated. Then, the terminations made by giving prior notice are explained and while doing so, the concept of just cause is expounded in general terms. The concept of just cause and the relevant articles of the law are explained to the reader without going into too much detail and especially by mentioning the pioneering works of the International Labor Organization on this

subject. It is important for the reader to see the concept of termination with just cause to understand the position of termination based on the necessities of the business.

After explaining the terminations made by giving prior notice, and in particular the concept of termination with just cause, some sub-headings that are considered as just cause for termination are explained. In this context, terminations arising from the behavior or performance of the employee are briefly explained. After that, the main subject of the study, which is the termination based on the necessities of the business, is treated. The aim of our study so far is to ensure that the position of termination based on the necessities of the business among other types of termination is seen. It was deliberately avoided to dwell too much upon other reasons for termination and the concept of job security and the main part of the thesis is divided into sections about necessities of the business, termination, and judicial review. As a matter of fact, there are countless and very valuable studies explaining the concept of job security in the doctrine and in the market. According to unnecessary importance to these parts would make it difficult for the reader to grasp the main topic in the thesis and would cause the thesis to be more voluminous than necessary.

The second main part of our thesis is devoted to the terminations made based on the requirements of the business, workplace and work, and a detailed examination of the reasons that make these terminations necessary. While explaining the concept of termination based on the requirements of the business, first the concept is explained in general terms. In this context, the distinction between workplace and business, the distinctive features of the termination based on the requirements of the business and its difference from other types of termination are elaborated.

The concept of operational decision emerges as a *sine qua non* for terminations made based on the requirements of the business. It is obligatory to take an operational decision as a basis for termination based on the requirements of the business. As a rule, employers are free to make operational decisions. However, the acceptance of the freedom of operational decision-making as an unlimited and eternal right would render the concept of job security dysfunctional. For this reason, the concept of operational decision should be examined in depth and its boundaries should be drawn. In this part of our study, the concept of operational decision is elaborated, and types of operational decisions are examined in detail. In this context, the constitutive decision of the employer, the dependent decision of the employer and the criticisms made about these concepts are given in detail. In this section, ideas, and opinions about the concept of operational decision and the difficulties it creates in practice are presented.

After examining the concept of operational decision, possible termination reasons that lead the employer to take an operational decision in order to terminate the employee's employment contract are elaborated. Among these reasons for termination, some work in the workplace being given to a subcontractor, productivity, restructuring, closing of the workplace or some parts of it, technological reasons and digitalization, business or workplace mergers, decrease in production, retirement and norm staff practices were discussed separately and in detail. Each of these concepts is capable of causing termination, alone or together, based on the requirements of the business. In practice, concepts such as efficiency and restructuring are frequently used in termination notices, but they often fail to pass judicial review due to the misclassification of the values they express. In this context, what these concepts mean

is explained with examples, considering the current doctrinal views and decisions of the Court of Cassation.

After the explanation of the reasons for termination, the grouping of these reasons is elaborated. It is seen that in jurisprudence of the courts, the grouping of reasons for termination as inside and outside the workplace is frequently applied. In this part of our study, this distinction was elaborated and the reasons arising from outside and inside the workplace were categorized one by one. In particular, in order to establish a connection with the section on the coexistence of the reasons for termination in the third part of our study, the reasons arising from inside and outside the workplace are explained by making references to the relevant section. Among these reasons, especially economic crises and decrease in production can be found together with almost all other reasons. The economic hardship of the employer often causes restructuring in the workplace. This restructuring, on the other hand, brings with it the termination based on the requirements of the business. In this context, the economic difficulties, which constitute the basis behind the reasons arising from inside of the workplace, are also elaborated.

The third part of the study is devoted to the judicial review of the termination based on the requirements of the business. The fundamental matter that will determine the limit of termination based on the requirements of the business and protect the balance of interests between the employee and the employer is the judicial review. With judicial review, the operational decision taken by the employer is reviewed in terms of various criteria such as consistency, arbitrariness, and proportionality. This review is based on the practice of the Court of Cassation, which has been applied for many years, rather than the law. For this reason, there are no definite definitions or limits that are known to everyone. It is imperative that these concepts be clearly stated to determine the boundaries of the termination based on the requirements of the business. For this reason, each concept has been discussed separately and in detail.

Before moving on to the criteria constituting the scope of judicial review, the review of expediency is elaborated. Review of expediency is the examination of whether the employer's decision is commercially expedient in terms of market conditions. One of the most difficult issues while reviewing the operational decision is to distinguish between the review of expedience and the judicial review. As a matter of fact, while the courts have the power to conduct judicial review, they do not have the power to carry out a review of expediency. For this reason, the limits of the review of expediency and judicial review are examined by giving examples and current Court of Cassation decisions.

After the concept of the review of expediency, the review of consistency and its features have been explained. Review of consistency means that the decision taken by the employer is real and correct and is implemented in accordance with good faith. In other words, the employer, who claims that there is a surplus of labor force and therefore takes an operational decision, is obliged to implement this decision consistently. Checking this issue is called the review of consistency. While explaining this section, especially the concept of labor surplus has been elaborated in detail. What the need for labor is, in which cases the need for labor will arise, and how the employer should manage the surplus to be considered consistent, are examined with examples and criticisms from the doctrine. Finally, within the scope of the review of consistency, the employment of substitute employees instead of dismissed employees and the

current Court of Cassation practice on this subject are presented to the reader, along with personal opinions and some problems encountered in practice.

After the review of consistency, the subject of the review of arbitrariness was discussed. Review of arbitrariness is essentially a manifestation, in labor law, of the prohibition of abuse of right, which finds its source in civil law. The employer should use the freedom of operational decision making in accordance with good faith and avoid arbitrary practices while making and implementing operational decisions. In this context, it is one of the most common examples of abuse of right that the employer hides behind operational reasons such as productivity or restructuring in order to dismiss employees that it has a personal enmity against or whose performance it is dissatisfied with. To prevent such undesirable situations, the decisions taken by the employer are subject to the review of arbitrariness. The most important problem encountered during this review is about proving that the employer acts arbitrarily. As a matter of fact, it is extremely difficult for the courts to determine exactly what the employers' intentions are. At this point, the employee's means of proof have been examined and key Court of Cassation decisions on the review of arbitrariness have been presented as a guide.

After the review of arbitrariness, the last resort principle and the sub-criteria related to this principle are elaborated. Termination being a last resort is a basic principle sought in all termination reasons for employees covered by job security. Termination of the employment contract of the employee should come up last as the most severe measure in relation with terminations based on the requirements of the business. The employer should firstly turn to alternative measures, such as unpaid leave, short work, reduction of overtime, and employment of the employee in a different position, that may be an alternative to termination and try to keep the employment contract alive. Within the scope of our study, each of these alternative measures has been presented separately and with current jurisprudence of courts. Again, within the scope of the principle of last resort, the principle of proportionality and the principle of expediency are treated separately, and the meaning of these principles in terms of requirements of the business and judicial review of termination is examined in detail.

When it is understood that termination is inevitable, the selection of employees whose employment contract will be terminated is a separate issue that needs to be elaborated in terms of termination based on the requirements of the business. In this type of termination, unlike terminations based on performance or behavior, the identity of the employee whose employment contract is to be terminated is often unclear. Because the termination is not caused by the employee itself, but mostly due to external factors. There is no definitive criterion in the law or in the practice of the Court of Cassation regarding the selection of employees whose employment contract will be terminated. In this section, the jurisprudence of the Court of Cassation is presented chronologically, along with examples from foreign countries where legal regulations concerning this issue exist. At the end of this section, our opinion on the subject is also presented to the reader.

The last part of our study is about the effect of the separate or collective existence of reasons leading to the termination of the employment contract on the judicial review. The reasons for termination that will make the termination based on the requirements of the business necessary may arise from inside or outside the workplace.

Especially in times of economic crisis, compelling reasons coming from outside the workplace come together with reasons originating from within the workplace and cause confusion in the courts while judicial review is carried out. In this section, the reasons that can exist together are examined by grouping and the matters to be considered in the judicial review in case the reasons for termination exist together are presented to the reader in the light of the current Court of Cassation decisions.



ÖZET

Çalışmamızın konusunu, iş sözleşmesinin işletme gerekleriyle feshi oluşturmaktadır. İşletme gerekleriyle fesih, işçinin bireysel iş sözleşmesinin işyerinden, işten veya işletmeden kaynaklanan sebeplerle işveren tarafından sona erdirilmesidir. Bu sona erdirmenin arkasında daha verimli bir işyeri kurulması, ekonomik zorlayıcı sebeplerden kaçınılması veya teknolojik gelişmelere ayak uydurulması gibi çok çeşitli etmenler yer alabilmektedir. İş sözleşmesinin performans veya davranış sebebiyle feshedilmesinden farklı olarak, işletme gerekleriyle fesih işçinin hakimiyet sahası dışındadır. İşçi elinde olmayan sebeplerle, kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayan istihdam ilişkisini kaybeder. Bu sebeple, bu fesih türünün sebepleri ve yargısal denetimi, işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin korunması açısından son derece önemlidir. Bu çalışmamızda, fesih kavramı ve fesih sebeplerinin gruplandırılması, işletme gerekleriyle fesih sebepleri ve işletme gerekleriyle feshin yargısal denetimi, üç ana başlık altında detaylı şekilde ele alınmıştır.

İşletme gerekleriyle feshi ele almadan önce, bu fesih türünün diğer fesih sebepleri arasındaki yerini anlamak metodolojik olarak önemlidir. Nitekim yargısal denetimi yapacak olan hâkim de bu konuda savunma yapacak olan avukat da feshin türü ve sebebi ile bağlı olacaktır. Uygulamada iş sözleşmesinin feshi denilince akla ilk olarak, işçinin performansına veya davranışına bağlı yapılan fesihler gelmektedir. Ancak işletme gerekleriyle fesihler de en az performansa veya davranışa dayalı fesihler kadar önem arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak, fesih kavramı üzerinde durulmuştur. Fesih kavramı anlatılırken, fesih ihbarı ve fesih ihbarının hukuki niteliğine ağırlık verilmiştir. Bunun sebebi, yapılan feshin türü tespit edilirken, fesih ihbarının büyük önem arz etmesidir. Yargısal denetim sırasında mahkemeler tarafından, fesih sebebi tespit edilirken, yazılı ve gerekçeli fesih ihbarı dikkate alınmaktadır. Bu sebeple fesih ihbarının hukuki niteliği ve yapılma şekli üzerinde detaylı şekilde durulmuştur.

Fesih kavramı genel hatlarıyla ele alındıktan sonra, haklı sebeple (derhal) fesih ve ihbar öneli vermek suretiyle yapılan fesihler anlatılmıştır. Bu ayırım esas itibarıyla çalışmamızın konusu dışındadır. Ancak işletme gerekleriyle feshin diğer fesih türleri arasındaki yerinin anlaşılabilmesi için bu ayırım üzerinde de kısaca durulmuştur. Daha sonra, ihbar öneli verilerek yapılan fesihler anlatılmış ve bu yapılırken genel hatlarıyla geçerli sebep kavramına yer verilmiştir. Geçerli sebep kavramı ve kanunun ilgili maddeleri fazla ayrıntıya girmeden ve özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bu konudaki öncü çalışmalarından bahsedilmek suretiyle okuyucuya izah edilmiştir. Okuyucu tarafından geçerli sebeple fesih kavramının görülmesi, işletme gerekleriyle feshin yerinin anlaşılabilmesi bakımından önemlidir.

İhbar öneli vermek suretiyle yapılan fesihler ve özelde geçerli sebeple fesih kavramı izah edildikten sonra, geçerli fesih sebebi sayılan bir takım alt başlıkların açıklanmasına geçilmiştir. Bu kapsamda işçinin davranış veya performansından kaynaklanan fesihler kısaca aktarılmıştır. Bundan sonra ise çalışmanın asıl konusu olan işletme gerekleriyle fesih başlığına geçilmiştir. Çalışmamızın buraya kadar olan

kısımının amacı, işletme gerekleriyle feshin diğer fesih türleri arasındaki yerinin görülmesidir. Diğer fesih sebepleri ve iş güvencesi kavramı üzerinde fazlaca durulmasından kasıtlı olarak kaçınılmış ve tezin önemli bölümü işletme gerekleriyle fesih ve yargısal denetim bölümlerine ayrılmıştır. Nitekim iş güvencesi kavramını açıklayan sayısız ve çok kıymetli çalışma doktrinde ve piyasada mevcuttur. Bu kısımlara gereksiz ehemmiyet verilmesi, tez çalışmasında okuyucunun asıl konuya ulaşmasını zorlaştıracak ve tezin lüzumundan fazla hacme ulaşmasına sebep olacaktır.

Tezimizin ikinci ana bölümü işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklı olarak yapılan fesihlere ve bu fesihleri gerekli kılan sebeplerin ayrıntılı olarak incelenmesine ayrılmıştır. İşletme gerekleriyle fesih kavramı açıklanırken önce kavram genel sınırlarıyla açıklanmıştır. Bu kapsamda işyeri ve işletme ayrımı, işletme gerekleriyle yapılan feshin ayrıt edici özellikleri ve diğer fesih türlerinden farkı üzerinde durulmuştur.

İşletmesel karar kavramı, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerin olmazsa olmazı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan her işletme gerekleriyle feshe dayanak olarak bir işletmesel karar alınması zorunludur. İşverenler işletmesel karar almakta kural olarak serbesttirler. Bununla beraber, işletmesel karar alma özgürlüğünün sınırsız ve sonsuz bir hak olarak kabul edilmesi, iş güvencesi kavramını işlevsiz hale getirecektir. Bu sebeple, işletmesel karar kavramı derinlemesine incelenmeli ve sınırları çizilmelidir. Çalışmamızın bu bölümünde, işletmesel karar kavramı üzerinde durulmuş ve işletmesel karar türleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda kurucu işveren kararı, bağlı işveren kararı ve bu kavramlara ilişkin yapılan eleştirilere detaylı olarak yer verilmiştir. Bu bölümde ayrıca işletmesel karar kavramına ve uygulamada yarattığı güçlüklerle ilişkin fikir ve kanaatlerde sunulmuştur.

İşletmesel karar kavramı incelendikten sonra, işvereni işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek amacıyla işletmesel karar almaya sevk eden olası fesih sebepleri üzerinde durulmuştur. Bu fesih sebepleri arasında, işyerindeki bazı işlerin alt işverene verilmesi, verimlilik, yeniden yapılanma, işyerinin veya bazı bölümlerinin kapatılması, teknolojik nedenler ve dijitalleşme, işletme veya işyeri birleşmeleri, üretimin azalması, emeklilik ve norm kadro uygulamaları üzerinde ayrıca ve detaylı olarak durulmuştur. Bu kavramların her biri işletme gerekleriyle feshe tek başına veya birlikte sebep olabilecek niteliktedir. Uygulamada özellikle, verimlilik ve yeniden yapılanma gibi kavramlar, fesih ihbarlarında sıklıkla kullanılmakta ancak çoğu zaman ifade ettikleri değerlerin yanlış sınıflandırılması sebebiyle, yargısal denetimden geçememektedirler. Bu kapsamda, bu kavramların ne ifade ettiği güncel doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları dikkate alınarak örneklerle açıklanmıştır.

Fesih sebeplerin açıklanmasından sonra, bu sebeplerin gruplandırılması üzerinde durulmuştur. Mahkeme içtihatlarında özellikle, işyeri içinden ve işyeri dışından fesih sebepleri gruplandırılmasına sıklıkla yer verildiği görülmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde, bu ayrım üzerinde durulmuş ve işyeri dışından ve içinden kaynaklanan sebepler tek tek kategorize edilmiştir. Özellikle, çalışmamızın üçüncü bölümünde yer alan, fesih sebeplerinin aynı anda birlikte bulunması bölümü ile bağlantı kurulabilmesi adına, ilgili bölüme referanslar yapılarak, işyeri içinden ve dışından kaynaklanan sebepler açıklanmıştır. Bu sebepler arasında, özellikle ekonomik krizler ve üretimin azalması hemen hemen diğer bütün sebeplerle birlikte bulunabilmektedir. İşverenin ekonomik güçlük çekmesi, çoğu zaman işyerinde yeniden yapılanmaya sebep olmaktadır. Bu yeniden yapılanma ise beraberinde, işletme gerekleriyle feshi

getirmektedir. Bu kapsamda, işyeri içinden kaynaklanan sebeplerin arkasında yatan zemini teşkil eden, ekonomik zorluklar üzerinde ayrıca durulmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümü ise işletme gerekleriyle feshin yargısal denetimine ayrılmıştır. İşletme gerekleriyle feshin sınırını belirleyecek olan ve işçi ile işveren arasındaki menfaatler dengesini koruyacak olan asıl husus yargısal denetimdir. Yargısal denetim ile işveren tarafından alınan işletmesel karar, tutarlılık, keyfilik, ölçülülük ve orantılılık gibi çeşitli ölçütler bakımından denetlenmektedir. Bu denetim kanundan ziyade, uzun yıllar süregelen Yargıtay uygulamasına dayanmaktadır. Bu sebeple herkes tarafından bilinen kesin tanımları veya sınırları bulunmamaktadır. Bu kavramların net olarak ortaya konması, işletme gerekleriyle feshin sınırlarının belirlenmesi açısından zorunludur. Bu sebeple her bir kavram tek tek ve ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Yargısal denetimin kapsamını oluşturan ölçütlere geçilmeden önce yerindelik denetimi üzerinde durulmuştur. Yerindelik denetimi, işverenin aldığı kararın piyasa şartları bakımından ticari olarak yerinde olup olmadığının incelenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İşletmesel kararın denetimi yapılırken en zor hususlardan bir tanesi, yerindelik denetimi ile yargısal denetimi birbirinden ayırmaktır. Nitekim mahkemelerin yargısal denetim yapma yetkileri bulunurken, yerindelik denetimi yapma yetkileri bulunmamaktadır. Bu sebeple yerindelik denetimi ile yargısal denetimin sınırları, örnekler ve güncel Yargıtay kararları verilmek suretiyle incelenmiştir.

Yerindelik denetimi kavramından sonra, tutarlılık denetimi ve özellikleri açıklanmaya başlanmıştır. Tutarlılık denetimi işverenin aldığı kararın gerçek ve doğru olması ve dürüstlük kuralına uygun şekilde uygulanması anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, işgücü fazlası olduğunu iddia eden ve bu sebeple işletmesel karar alan işveren, bu kararını tutarlı şekilde uygulamakla yükümlüdür. Bu hususun denetlenmesine ise tutarlılık denetimi adı verilmektedir. Bu bölüm izah edilirken, özellikle işgücü fazlası kavramı üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. İşgücü ihtiyacının ne olduğu, hangi durumlarda işgücü ihtiyacının ortaya çıkacağı ve işverenin tutarlı kabul edilebilmesi için işgücü fazlasını nasıl yönetmesi gerektiği örnekler ve doktrinden eleştiriler ile incelenmiştir. Tutarlılık denetimi kapsamında son olarak, çıkarılan işçiler yerine ikame işçi istihdamı ve bu konudaki güncel Yargıtay uygulaması okuyucuya, kişisel kanaatler ve uygulamada görülen bazı sorunlar ile birlikte okuyucuya sunulmuştur.

Tutarlılık denetiminden sonra keyfilik denetimi konusu ele alınmıştır. Keyfilik denetimi esas itibarıyla kaynağını medeni hukukta bulan ve hakkın kötüye kullanılması yasağının iş hukukundaki bir görünümüdür. İşveren, işletmesel karar alırken ve bu kararı uygularken, işletmesel karar alma özgürlüğünü dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmalı ve keyfi uygulamalardan kaçınmalıdır. Bu kapsamda işverenin kişisel husumetli olduğu veya performansından memnun olmadığı işçileri işten çıkarabilmek adına, verimlilik veya yeniden yapılanma gibi işletmesel sebeplerin arkasına sığınması, hakkın kötüye kullanılmasının çok sık görülen örneklerinden bir tanesidir. Bu gibi istenmeyen durumların önüne geçilebilmesi için, işverenin aldığı kararlar keyfilik denetiminden geçirilmektedir. Bu denetim yapılırken karşılaşılan en önemli sorun, işverenin keyfi davrandığının ispatı olarak karşımıza çıkar. Nitekim işverenlerin niyetinin ne olduğunun mahkemelerce tam olarak tespit edilebilmesi son

derece zordur. Bu noktada, işçinin ispat vasıtaları incelenmiş ve keyfilik denetimi konusunda kilit Yargıtay kararları yol gösterici olarak sunulmuştur.

Keyfilik denetiminden sonra, son çare ilkesi ve bu ilkeye bağlı alt ölçütler üzerinde durulmuştur. Feshin son çare olması, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından bütün fesih sebeplerinde aranan temel bir ilkedir. İşletme gerekleri ile yapılan fesihlerde de işçinin iş sözleşmesine son verilmesi en ağır tedbir olarak en son gündeme gelmelidir. İşveren feshe alternatif olabilecek; ücretsiz izin, kısa çalışma, fazla mesailerin azaltılması, işçinin farklı bir pozisyonda değerlendirilmesi gibi alternatif tedbirlere öncelikli olarak yönelmeli ve iş sözleşmesini ayakta tutmaya çalışmalıdır. Çalışmamız kapsamında bu alternatif tedbirlerin her biri ayrı ayrı ve güncel mahkeme içtihatları ile ortaya konmuştur. Yine sona çare ilkesi kapsamında, ölçülülük ilkesi, elverişlilik ilkesi ve orantılılık ilkesi ayrı ayrı ele alınarak, işletme gerekleri ile feshin yargısal denetimi konusunda, bu ilkelerin ne anlama geldiği detaylı şekilde incelenmiştir.

Feshin kaçınılmaz olduğunun anlaşılması üzerine, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi ise, işletme gerekleri ile fesihte üzerinde durulması gereken ayrı bir konudur. Bu fesih türünde, performans veya davranışa dayalı fesihlerden farklı olarak, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin kimliği çoğu zaman belirsizdir. Çünkü fesih işçinin şahsından değil çoğunlukla dış etkenlerden kaynaklanmaktadır. İş Sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi konusunda, kanunda veya Yargıtay uygulamamızda kesin olarak kabul edilen bir kriter bulunmamaktadır. Bu bölümde, özellikle kanuni düzenlemeye sahip yabancı ülke örnekleri de verilmek suretiyle, Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları kronolojik olarak ortaya konulmuştur. Bu bölümün sonunda konuya ilişkin şahsi kanaatimiz okuyucuya ayrıca sunulmuştur.

Çalışmamızın son bölümü, iş sözleşmesinin feshine yol açan sebeplerin birlikte veya ayrı bulunmalarının yargısal denetim üzerindeki etkisine ilişkindir. İşletme gerekleri ile feshi zorunlu kılacak fesih sebepleri, işyeri içinden veya dışından kaynaklanabilir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, işyeri dışından gelen zorlayıcı sebepler, işyeri içinden kaynaklanan sebeplerle birleşmekte ve yargısal denetim yapılırken mahkemelerde karışıklığa sebep olmaktadır. Bu bölümde, birlikte bulunabilecek sebepler gruplandırma yapmak suretiyle incelenmiş ve fesih sebeplerinin birlikte bulunması durumunda yargısal denetimde dikkat edilmesi gerekenler, güncel Yargıtay kararlarının ışığında okuyucuya sunulmuştur.

GİRİŞ

Liberal ekonomik sistemde temel amaç bireylerin kazançları ve birikimleri ile serbestçe teşebbüs yapmalarını teşvik etmektir. Bireyler, iktisadi teşebbüsleriyle birikimlerini tekrar ekonomik sisteme aktarır ve ülke bazlı ekonomik büyüme sağlanmış olur. Teşebbüsün maddi yükü bireysel birikimlerden karşılandığı için, bir iktisadi teşebbüsün nasıl idare edileceği de kural olarak bireylere bırakılmıştır. Yani liberal sistem teşebbüs teşvikinin ve teşebbüsü idare özgürlüğünün ön plana çıktığı sistem olarak tanımlanır.

Bu teşebbüs özgürlüğü, teşebbüs sahiplerinin işletmesel karar alma özgürlüğünü de beraberinde getirir. İşletmesel karar, işletme sahibinin işletmenin geleceğiyle ilgili olarak aldığı her türlü karara verilen genel isimdir. Bu kararlar, yeni teknolojik gelişmelere ayak uydurmak, yeni bir işyeri açmak, var olan işyerini kapatmak, başka bir şirketle birleşmek veya üretimi azaltmak gibi çok geniş bir yelpazeden seçilebilir. Bir işletmede istihdam edilen mevcut işçilerin işten çıkarılması, yeni işçiler alınması veya mevcut işçilerin görevlerinin dijitalleşme ve teknolojiye emanet edilmesi de bir işletmesel karardır. İşverenler, daha verimli bir işletme yaratmak veya ekonomik zorluklardan kurtulmak amacıyla, mevcut iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidebilir. Bu şekilde yapılan fesihlere, işletme gerekleriyle fesih adı verilir.

Şüphesiz iş sözleşmesinin feshine yol açan gerekçeler çok çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. Bunlardan en bilineni ve doğal olarak akla ilk geleni, işçinin performansına veya davranışına dayalı olarak yapılan fesihlerdir. Bu sebepler genellikle işçinin hakimiyet sahasından kaynaklanır ve işçi bunlar üzerinde söz sahibidir. İşçi davranışlarını kontrol ederek veya performansını yükseltmeye çalışarak fesihten kaçınmaya gayret edebilir. Bununla beraber, işletme gerekleri ile yapılan fesihler işçinin hakimiyet alanı dışındadır. Ekonomik kriz ve verimsizlik gibi etkenler, işyerinde işgücü fazlasına sebep olur ve bunun neticesinde işçiye olan ihtiyaç sona erer. İşçi ise konumu gereği, ekonomik ortama veya verimsizliğe müdahale edemeyeceğinden, iş sözleşmesinin bu gerekçelerle feshinde söz sahibi olamayacaktır. Yine aynı şekilde son yıllarda hızlanan teknolojik gelişmeler ve dijitalleşme,

işletmelerin giderek küçülmesine ve insan müdahalesine olan ihtiyacın azaltılmasına yol açmaktadır. Bütün bu sebeplerle, işletme gerekleri ile yapılan fesihlerde işveren ve işçi arasındaki menfaat dengesinin sağlanması son derece hassas ve zor bir konudur.

Bu dengenin bir tarafında, işletmesini özgürce idare etmekte serbest olan işveren vardır. İhtiyacı olmadığı halde, işverenlerin işçi istihdamına zorlanması liberal ekonomik sistemin ve temelde mülkiyet hakkının ihlali olarak görülmektedir. Nitekim, işletmenin bütün risklerini üzerinde taşıyan işveren, her zaman daha fazla kar elde etme amacına yönelecektir. Dengenin diğer tarafında ise, kendisinin ve ailesinin geçimi çoğu zaman aldığı ücrete bağlı olan işçi vardır. İşçilerin, yalnızca daha fazla kar elde etme amacıyla keyfi olarak işten çıkarılması, İK sistemimizin temeli olan iş güvencesi kavramının içeriğini boşaltacaktır. Görüldüğü üzere, işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshedilmesi, sanılanın aksine son derece hassas ve denetimi zor bir konudur.

Bu çalışmamızda, işletme gerekleriyle fesih konusu ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu inceleme yapılırken temel olarak üç ana hedef gözetilmiştir. Bunlardan birincisi, işletme gerekleri ile yapılan feshin, diğer fesih türleri içerisindeki yerini tespit etmektir. Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde, fesih kavramı ve türleri üzerinde durulmuştur. Genel olarak iş sözleşmelerinin sona ermesi anlatıldıktan sonra, fesih sebepleri gruplandırılmış ve işletme gerekleriyle feshe ulaşana kadar alt ayrımlar açıklanmıştır. Bu genel çerçeve ile ulaşılmak istenen amaç, işletme gerekleri ile yapılan feshin, diğer fesih türleri içerisindeki yerinin saptanmasıdır.

Çalışmamız ile ulaşılmak istenen ikinci amaç, işletme gerekleri ile feshe yol açan nedenlerin derinlemesine irdelenmesidir. Bu sebeple çalışmamızın ikinci bölümü, işletme gerekleri ile feshe dayanak teşkil eden işletmesel karara ve işletmesel kararlarda sıklıkla görülen fesih sebeplerine ayrılmıştır. Bu yapılırken, işletmesel karar kavramı, işletmesel karar türleri, bu kavrama getirilen eleştirilen ve güncel Yargıtay kararlarına yer verilmiştir. Yine işvereni işletmesel karar almaya sevk eden, ekonomik kriz, verimsizlik, teknolojik gelişmeler ve yeniden yapılanma gibi çok çeşitli sebepler ayrıntılı şekilde izah edilmiştir. Bu sebeplerin incelenmesinde, özellikle uygulamada karıştırılan veya sürekli şekilde yersiz olarak kullanılan kavramlar birbirinden örnekler ve güncel mahkeme içtihatları yardımıyla ayırmaya çalışılmıştır.

Çalışmamız ile ulaşılmaya gayret edilen son amaç, işletme gerekleri ile yapılan fesihlerde nasıl ve hangi metotlarda etkin bir yargısal denetim yapılabilceğini ortaya koymaktır. Bu amaca ulaşmak için, yargısal denetim kavramı, yargısal denetim kavramı ile çoğu zaman karıştırılan veya iç içe geçen yerindelik denetimi kavramı ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Yargısal denetimin sınırlarının tam olarak anlaşılabilmesi için, uygulamada çoğunlukla neredeyse aynı anlamda kullanılan, keyfilik, ölçülülük, tutarlılık, elverişlilik gibi kavramlar birbirinden ayrı başlıklarda değerlendirilmiş ve her biri güncel mahkeme içtihatları ile desteklenmiştir. Son olarak iş sözleşmesinin feshinde seçilecek işçilerin belirlenmesi konusunda, ülkemizdeki yasal boşluk, yabancı ülke mevzuatlarıyla karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiş ve bu konudaki Yüksek Mahkeme içtihadı kronolojik sırayla açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ VE FESİH SEBEPLERİNİN GRUPLANDIRILMASI

1.1. Kurucu Unsurlarıyla İş Sözleşmeleri ve İş Sözleşmelerinin Sona Ermesinin Önemi

İK m. 8/1’de uyarınca; “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. Yine İK m. 2/1 uyarınca; “(...) işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi” denilmektedir. TBK m. 393/1’de ise hizmet sözleşmeleri ile ilgili daha detaylı bir tanıma yer verilmiş ve hizmet sözleşmesi; “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunlarda yer alan tanımlardan açıkça görüleceği üzere, kanun metinlerinde iş sözleşmesinin sınırlayıcı ve bağlayıcı bir tanımının yapılmasından kaçınılmış, bunun yerine iş sözleşmesinin, diğer sözleşme türlerinden ayıran unsurları üzerinden tarif edilmesi yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda doktrinde de iş sözleşmelerinin unsurları üzerine yoğunlaşmış ve bu unsurlar genellikle; “bir işin görülmesi”, “işin ücret karşılığında görülmesi” ve “bağımlılık” olarak gruplandırılmıştır¹.

Bir işin görülmesi, ekonomik açıdan iş sahibine menfaat sağlamak amacıyla bir hizmetin yerine getirilmesidir. Bu hizmet bedenen veya fikren olabileceği gibi hem bedenen hem de fikren ortaya çıkabilmektedir. Hem İK hem de TBK’daki tanımda açıkça yer verildiği üzere, işçi bu hizmeti bir ücret karşılığında görmektedir. Yani iş sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir akittir. İşçinin hizmet borcunun karşısında asli

¹ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s.59 (“İş Hukuku”); Ömer Ekmekçi / Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, Nisan 2020, s.15 (“Bireysel İş Hukuku”); Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, C:1, 5. Baskı, İstanbul, Lyekeion Yayınları, Ekim 2021, s. 56 vd. (“İş Hukuku Ders Kitabı”); Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Ekim 2019. s. 168 vd. (“İş Hukuku Dersleri”); Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 74 vd. (“İş Hukuku”); Devrim Ulucan, “Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Hizmet Sözleşmeleri”, **Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, Haziran 2021, s. 64 (“Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Hizmet Sözleşmeleri”).

edim olarak işverenin ücret ödeme borcu yer alır. Sözleşmedeki amaç, asli edimlerin değişimidir. Ücret iş sözleşmesinde açıkça belirlenebileceği gibi, açıkça yazılmamış da olabilir. Ücretin iş sözleşmesinde açıkça belirlenmemiş olması, hizmet ediminin karşılıksız olduğu anlamına gelmez². Bununla beraber, hiçbir ücretin alınmayacağı, hatır için veya sosyal bir sorumluluk veya ahlaki bir görev kapsamında çalışılacağı gibi hususlar, iş sözleşmesinin kurucu unsurlarıyla bağdaşmayacaktır. İş sözleşmesini, benzer niteliklere sahip vekalet ve eser gibi diğer sözleşmelerden³ ayıran bir diğer temel unsur ise, bağımlılık unsurudur. İşçi hizmet edimini yerine getirirken, işverenin emir ve talimatlarına uygun hareket edecektir⁴.

Kanuni tanımlarda vurgulanmamasına rağmen, iş sözleşmelerinin hukuki niteliği bakımından ayırt edici özelliklerinden bir tanesi de sürekli bir borç ilişkisi doğurmalarıdır. Sürekli borç ilişkisi; borçlunun borcunun zaman içinde, sürekli ve aralıksız bir şekilde ifa ettiği borç ilişkisidir⁵. İş sözleşmesinde de işçi, hizmet edimini sürekli olarak yerine getirmektedir. Yani, alım satım sözleşmesinde veya trampa sözleşmesinde olduğu gibi, işçi aniden gerçekleşen bir teslim borcuyla veya eser meydana getirip teslim etmekle borcundan kurtulamaz. İşçi, hizmetini belirli bir süreye yayılmış şekilde ve çoğu zaman sözleşme ile kararlaştırılan mesai saatleri içerisinde aralıksız olarak ifa eder. İş sözleşmesinin sürekli edim içermesi, özelliğini sözleşmenin sona ermesi safhasında gösterir. Sürekli edim içeren sözleşmelerden geriye etkili olarak dönülmesi veya sürekli edim ifa edilen sözleşmelerde ifa edilen edimin iadesi

²Ulucan, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Hizmet Sözleşmeleri**, s. 89, s. 90.

³Taraflardan birini, iş görme borcu altına sokan tek sözleşme türü iş sözleşmeleri değildir. İş sözleşmelerinin yanında; eser (istisna) sözleşmeleri, vekalet sözleşmeleri veya yayın sözleşmeleri gibi bir takım karma nitelikli sözleşmeler de borçluya belirli bir işin görülmesi edimini yükler. Yine aynı şekilde, tam olarak bir sözleşme olmasa da vekaletsiz iş görme durumunda veya acentelik yahut tek satıcılık gibi hukuki kurumlarda da taraflar arasında bir iş görme ve/veya hizmet sunma ilişkisi vardır. Bknz. Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 320 vd.

⁴Süzek, **İş Hukuku**, s.80; Ekmekçi/Yiğit, **Bireysel İş Hukuku**, s. 17; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, s. 125 vd. Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 173. Eyrenci / Taşkent / Ulucan, **İş Hukuku**, s. 64 vd.; Ayrıntılı bilgi için bknz. Sevil Doğan, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru (Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 98, s. 101.

⁵M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.12. Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 211, Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012, s.5. Cevdet Yavuz, / Faruk Acar / Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 183.

mümkün değildir. Nitekim iş görme ediminin yapısı, geriye etkili olarak dönmeye veya sözleşmeyi bütün sonuçları ile ortadan kaldırmaya müsait değildir⁶.

Sürekli borç ilişkileri açısından sona erme ve sona ermenin uygulamada sıklıkla karşılaşılan çeşidi olan fesih, tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi ileriye etkili olacak şekilde sona erdirme imkânı sağlayan bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasını ifade eder. Bu kapsamda iş sözleşmeleri, fesih kavramı ile ilişkilendirildiğinde, işçi ve işveren arasındaki hukuki ve sözleşmesel ilişkinin süreklilik arz ettiği ve bu süreklilik arz eden ilişkinin bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması ile ve ancak ileriye doğru sona erdirilebildiği sözleşmeler olarak karşımıza çıkar.

Amacın asli edimlerin değişimi olduğu diğer iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi, iş sözleşmeleri de ticari hayatın bir parçasıdır. Liberal ekonomik sistem içerisinde, üretim araçlarına ve sermaye desteğine sahip işverenler, işçiler ile akdettikleri iş sözleşmeleri aracılığıyla, bir işgücü devşirmekte ve bu iş gücünü olabildiğince verimli kullanma çabası içerisinde girmektedirler. Bu sebeple, iş sözleşmelerinde tarafların karşılıklı menfaatlerinin çatışması söz konusu olmaktadır. İşçi, iş sözleşmesinin şartlarını ve ücretini iyileştirme hedefindeyken, işveren işgücünü arttırma gayretindedir. Bu sebeple iş sözleşmelerinde menfaat çatışması yaşanması, eşyanın tabiatı gereğidir⁷.

Yaşanan bu menfaat çatışması, işçinin ve ailesinin iâşenin çoğu zaman işçinin aldığı ücrete bağlı olması da göz önüne alındığında, iş sözleşmelerinin sona ermesinin üzerinde durulması kaçınılmaz bir konu olmasına sebep olmaktadır⁸. Bu kapsamda işçinin ücretinden aniden mahrum kalmaması ve kendisini ekonomik olarak güvende hissetmesi, feshe karşı koruma sistemlerini gündeme getirmiştir.

⁶Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.525; Aral/ Ayrancı, **a.g.e.**, s. 211; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.6; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, s. 183.

⁷Yonca F. Yücel, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, s. 352; Semih Serkant Aktuğ, “İş Güvencesinin Sosyal, Ekonomik, Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi (İş Güvencesinin Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Temelleri)”, **Kamu-İş Dergisi**, 2010, s.25.

⁸Ekmekçi/Yiğit, **Bireysel İş Hukuku** s. 480. Bknz. Aynı yönde; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s.22 vd.

Diğer yandan, işverenlerin işletmelerini diledikleri gibi idare edebilmeleri onların çalışma ve teşebbüs özgürlüklerinin doğrudan bir sonucudur. İşverenin işçi ile olan ilişkisini sürdürmeye zorlanması ekonomik olarak işletme açısından olumsuz sonuçlar doğuracak ve işletmenin ulaşmayı arzuladığı karlılığa ulaşamaması anlamına gelecektir. Hatta bu durum bazı hallerde iş barışının bozulmasına ve işletmenin temelli olarak kapanmasına yol açabilecektir. Bütün bu sebeplerle, iş hukuku mevzuatımızda fesih konusu ayrıntılı olarak ele alınmış ve çeşitli açılardan gruplandırılmıştır.

1.2. İş Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

1.2.1. Fesih Bildirimi

1.2.1.1. Fesih Bildiriminin Hukuki Niteliği

İş sözleşmeleri ticari hayatın ayrılmaz bir parçası olarak, tarafların serbest iradeleriyle kurulmakta ve her iki taraf için de maksimum fayda elde etme amacını taşımaktadır. Tarafların iş ilişkisinden beklentileri zaman içerisinde değişeceği için, tarafların sözleşme ile ömür boyu bağlı kalmaları muhtemel bir sonuç değildir. Bu nedenle İş Kanunu ile işçi ve işverene tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır.

İş sözleşmelerinin fesih bildirimi yoluyla sona erdirilmesi, hak sahibinin karşı tarafa yönelttiği ve karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan bir irade beyanı ile gerçekleşir. Bu irade beyanı hukuki olarak, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir⁹. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı iradeyle mevcut bir hukuki durumun sona ermesi, değiştirilmesi veya kurulmasını sağlayan hak çeşididir. Yenilik doğuran hakkın kullanılması ile bir hukuki ilişki, diğer tarafın bu irade beyanına katılmasına gerek olmadan kurulmakta veya halihazırda kurulmuş bir hukuki ilişki sona ermekte veya değişmektedir.

⁹Yarg. 9HD, 2008/17682 E. 2010/4016 K. 22.02.2010 T. sayılı kararı, **Çalışma ve Toplum Hukuk ve Ekonomi Dergisi**, S: 27, 2010/4, Emsal Yargıtay Kararları. Bknz. Aynı yönde; Yarg. 9 HD, 2017/15110 E. 2020/2319 T. 17.02.2020 T. sayılı kararı; Yarg. 9 HD, 2017/5906 E. 2018/9483 K. 26.04.2018 T. sayılı kararı, Yarg. 7HD, 2015/45439 E. 2016/3366 K. 16.02.2016 T. Sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

Yenilik doğuran haklar, mutlak haklardan farklı olarak kullanılmakla tükenen ve yalnızca bir defa kullanılabilen haklardır. Çünkü hakkın kullanılması ile hakkın gayesi olan hukuki ilişki kendiliğinden değişime uğramaktadır. Yani hakkın kullanılması, istenen amacı gerçekleştirmekte ve hak sona ermektedir. Örnek olarak, fesih hakkının kullanılması ile iş sözleşmesi sona ereceğinden, fesih hakkının tekrar kullanılması mümkün olmamaktadır. Yine aynı sebepten yenilik doğuran hakların geri alınması veya bu hakkın kullanımından geçmişe etkili olarak dönülmesi mümkün değildir. Yenilik doğuran haklar, muhatap için de hukuki sonuç doğuracağından, hakkın kullanılmasına ilişkin irade beyanı dürüstlük kuralına uygun, açık ve kesin olmalıdır. Bu sebeple bu hakların şarta bağlanması öğretide kabul edilmemektedir¹⁰.

1.2.1.2. Fesih Bildiriminin Şekli

Fesih beyanı kural olarak belirli bir şekle tabi değildir. Nitekim iş sözleşmelerini sona erdiren fesih beyanını bir geçerlilik şartına bağlayan açık bir hüküm ne Borçlar Kanunu'nda ne de İş Kanunu'nda yer almamaktadır¹¹.

İK m. 109'da İş Kanunu kapsamında yapılacak bildirimlere ilişkin olarak; *"Bu kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı kanun kapsamına giren tebligat anılan kanun hükümlerine göre yapılır."* hükmü yer almaktadır. Hem öğretide hem de

¹⁰Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 69. Bknz. Aynı yönde; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.203; İbrahim Levent Dinçer, "İş Akdinin İşletme Gereklere Nedeniyle Feshinde Usul ve Bu Usule Aykırılığın İş Hukukundaki Müeyyidesi", **Zonguldak Barosu-Çevrimiçi Yayın**, 2011 (www.zonguldakbarosu.org.tr).

¹¹Başkaca diğer kanunlarda fesih bildirimin şekline ilişkin olarak muhtelif hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Örnek olarak 212 sayılı Basın İş Kanunu'nun "Mülkiye Amirine Bildirilecek Hususlar" başlıklı 9. Maddesi; *"Mukavelenin yapılışı işveren tarafından; feshi, fesheden tarafından Bölge Çalışma Müdürlüğüne, mülkiye amirliğine ve eğer gazeteci üye ise sendikasına değilse en fazla üyesi bulunan mesleki teşekküle on beş gün içinde beyanname ile bildirilir. Mülkiye amirleri bu beyannamelerin birer örneğini, gazetecinin kıdeminin tespitine esas olmak üzere hemen Basın- Yayın ve Turizm Bakanlığına hemen gönderirler."* hükmünü içermektedir. İlgili hüküm incelendiğinde, gazetecilerle yapılmış olan sözleşmelerin feshinin beyanname olarak bildiriminin zorunlu olduğu görülmektedir. Yine benzer olarak, 858 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 18. Maddesinde; *"Hizmet akdinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkânı olmayan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur."* düzenlemesi bulunmaktadır. Söz konusu özel kanunlarda bulunan ilgili hükümlerin geçerlilik veya ispat şartı teşkil edip etmediği, kanun metninde açık olarak belirtilmediği gibi, öğretide de tartışmalıdır. Aynı yönde; Gamze Polat, **İş Güvencesi ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s. 8. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

Yargıtay kararlarında bu hususun bir geçerlilik şartı olmadığı, uyuşmazlık halinde fesih bildiriminin yapıldığına yönelik düzenlenen bir ispat şartı olduğu belirtilmektedir¹². Konuya ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 28 E. 17 K. ve 18.02.1959 tarihli kararında da “(...) *İş akdinin feshinin yazılı şekle tabi tutulduğunun dolayısıyla iş kanunu ile kabul edilen şeklin bir muteberlik şekli olduğunun kabulü doğru olmaz. Bilakis mezkûr madde ile benimsenmiş bulunan şeklin sadece bir ispat kaidesi olduğunun kabulü için icaplarına, menfaatler ihtilafına, nihayet hukuk esaslarına daha uygun düşer*” denilmek suretiyle, İş Kanunu kapsamında yapılan bildirimler için öngörülen yazılı şekil şartının bir ispat şartı olduğu yönünde karar verilmiştir.

Bununla birlikte İK m. 19’da iş güvencesi kapsamına giren iş ilişkileri bakımından, iş sözleşmelerinin feshinde uygulanacak usul düzenlenmiştir. İK m. 19 uyarınca; “*İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez.*”. Madde metninde de açıkça anlaşıldığı üzere, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin, iş sözleşmelerinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için fesih bildiriminin yazılı ve gerekçeli bir şekilde yapılmasının zorunlu olduğu unutulmamalıdır¹³.

1.2.1.3. Fesih Bildiriminin Hüküm İfade Edeceği An

Fesih bildiriminin hukuki sonuçlarını ne zaman doğuracağı, yani bildirimin yapılmasıyla iş sözleşmesinin hangi andan itibaren ortadan kalkmış sayılacağı doktrinde tartışmalıdır. Konuyu tartışmaya açık hale getiren esas itibarıyla, medeni

¹²Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 250. Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Haziran 2011, s. 472 (“Yenilik Doğuran Haklar”). Aynı yönde; Yarg. 9HD, 2008/1017 E. 2008/1017 K. 01.6.2009 T. sayılı kararı ve Yarg. 9HD, 06.07.2009 T. sayılı kararı ve Yarg. 9HD, 2008/1426 E. 2009/19511 K. 06.07.2009 T. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

¹³Ayrıntılı bilgi için bkznz. Murat Şen, “İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 10, S: 3 -4, 2006, s.377; Yazara göre, 4857 sayılı İş Kanunu’nun iş güvencesine ilişkin hükümleri karşısında, iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından fesih bildiriminin bir ispat koşulu olduğu yönündeki eski tarihli Yargıtay kararlarının herhangi bir önemi kalmamıştır. İş güvencesi kapsamındaki işçiler yönünden, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasının bir salahiyet şartı olarak kabulü zorunludur.

hukukta da var olan, yenilik doğuran hakların hüküm ifade etme anı hakkındaki tartışmadır.

Doktrindeki baskın görüşe göre¹⁴, fesih bildirimi karşı tarafa ulaşmakla hukuki sonuç gerçekleşmiş olur. İş sözleşmeleri bakımından, taraflardan biri fesih hakkını bir irade beyanına bağlayıp, karşı tarafa ulaştırdığında, iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirildiği kabul edilir. Yapılan bu feshin geçerli olup olmaması ise, kanundaki kurallara ve işveren özelinde iş güvencesi hükümlerine riayet edilip edilmediğine göre değişen başka bir husus olup, başlı başına ayrı bir incelemenin konusudur. Yapılan feshin sonradan mahkeme tarafından geçersiz kabul edilmesi, fesih bildiriminin hukuki niteliğini değiştirmemektedir. Karşıt görüşe göre ise, iş sözleşmesinin sona erme anı olarak, fesih bildirimin varma anı değil, söz konusu bildirimin muhatap tarafından öğrenme anı esas alınmalıdır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin güncel görüşü¹⁵, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşma (varma) ile sonuç doğuracağıdır. Konuya ilişkin Yargıtay içtihadı incelendiğinde, Yargıtay'ın bu görüşe fesih bildiriminin hukuki niteliğinin, yenilik doğuran hak olması sebebiyle vardığı görülmektedir. Bu kapsamda, fesih bildirimi işçi veya işveren tarafından öğrenilmese dahi, muhatabın hakimiyet alanına varmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona ermiş sayılacaktır.

1.2.2. Fesih Türleri

İş sözleşmelerinin feshi temel olarak, İK m. 17 vd. ve TBK m. 431 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İş sözleşmelerinin feshinde, süreli fesih (uygulamada kullanılan diğer isimleriyle; feshi ihbar yoluyla fesih, önelli veya bildirimli fesih) ve haklı nedenle (derhal veya bildirimsiz fesih) olmak üzere iki temel ayrım vardır¹⁶.

¹⁴Süzek, **İş Hukuku**, s.360 vd.; Ekmekçi/ Yiğit, **Bireysel İş Hukuku**, s. 470; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, s. 75 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat **İş Hukuku Dersleri**, s. 459; Fevzi Demir, “Yasa ve Yargıtay Kararlarında İhbar Önelli Fesih Bildiriminin Hüküm ve Sonuçları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S: 46, 2015, s. 6.

¹⁵Yarg. 9 HD 2017/15110 E. 2020/2319 T. 17.02.2020 T. Sayılı kararı, Yarg. 9 HD 2017/5906 E. 2018/9483 K. 26.04.2018 T. Sayılı kararı, Yarg. 7HD 2015/45439 E. 2016/3366 K. 16.02.2016 T. Sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

¹⁶İş sözleşmelerinin feshinde doktrince üzerinde durulan esas ayrım, süreli fesih ve haklı nedenle fesih ayrımı olmak üzere, İK'nın çeşitli hükümlerinde başkaca fesih kavramlarına rastlamak mümkündür. Örnek olarak, İK m. 17/5'te “*bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle fesih*” ten bahsedilirken, İK m. 29'ta “*toplu işten çıkarma*” kavramına rastlanılır. Yine benzer olarak, çeşitli kanunlarda fesih teriminin farklı bağlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Örnek olarak, 5953 sayılı

1.2.2.1. Haklı Nedenle (Derhal) Fesih

Haklı nedenle, diğer bir deyişle derhal (süre vermeksizin) fesih hakkı, İK. m. 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Fakat anılan maddelerde kavram ile ilgili herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bununla beraber, TBK m. 435 uyarınca haklı nedenle fesih; “*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar (...)*” olarak tanımlanmıştır.

Haklı neden kavramını yaratan olay veya hukuki durumları önceden ve tam olarak tespit etmek, sınırlandırmak mümkün değilse de fesih hakkının hukuki niteliklerinden ve İş Kanunu’nun ilgili maddelerinden yola çıkarak bir tanım oluşturmak mümkündür. Buna göre haklı neden; iş sözleşmesinin devamını sözleşmenin taraflarından biri için objektif olarak çekilmez kılan ve o tarafa iş sözleşmesini vaktinden evvel sonlandırma hakkı veren gerekçedir¹⁷. Haklı nedenin ortaya çıkmasıyla, iş sözleşmesinin taraflarından biri, belirli süreli veya belirsiz süreli olduğuna bakılmaksızın iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye hakkına kavuşmaktadır. Haklı neden olarak kabul edilen nedenlerin gerçekleşmesi ile elde edilen bu hak, bu niteliği sebebi ile bozucu yenilik doğuran hak olma özelliğini taşır.

Bu tanımlamadan yola çıkarak, haklı nedenle feshin söz konusu olabilmesi için iki farklı durumun aynı anda bulunması gerektiği sonucuna varabiliriz. Bunlardan birincisi taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsacak somut bir durumun varlığıdır. Bu durum taraflardan birinin bir davranışı veya eylemi olabileceği gibi, yine taraflardan birinin egemenlik alanından kaynaklanan bir durum da olabilir. Örnek olarak, işçinin işverene karşı saldırı veya sataşmada bulunması, işçinin işyeri barışını bozacak şekilde çalışma arkadaşlarını sözlü veya fiili olarak taciz etmesi, işyerinde yaşanan hırsızlık olayları, işveren tarafından işçinin çalışma koşullarının önemli ölçüde değiştirilmesi,

Basın İş Kanunu m. 12’de “*akdin tatbik edilmediği hallerde fesih*” ten bahsedilmektedir. Bu kavramların her birinin fesih terimine dahil olduğu şüphesiz olup, bununla beraber bunların başlı başına bir fesih türü olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.

¹⁷Süzek, **İş Hukuku**, s.360 vd.; Ekmekçi/Yiğit, **Bireysel İş Hukuku**, s.569; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 594; Arif Kalkan, “İş Sözleşmesinde Fesih Halleri”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, s. 302; Fatma Burcu Savaş, **İş Sözleşmelerinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Aralık 2012. s. 47 vd.

işyerinde işçinin sağlığı açısından katlanılmaz bir durumun ortaya çıkması veya işçinin işine devamı engelleyen sağlık problemleri verilebilir¹⁸. Haklı neden, taraflardan birinin egemenlik alanından kaynaklanmayan ancak yine de iş ilişkisini olumsuz olarak etkileyen bir somut durum olarak da karşımıza çıkabilir¹⁹.

İkinci şart olarak ise, haklı neden oluşturacak mevcut durum veya olayın, bir taraf bakımından sözleşmenin devamını çekilmez kılması gerekmektedir. Başka bir deyişle, yukarıda örnekleri verilen ortaya çıkan somut durum, taraflardan en az birisi için sözleşmenin devamının kendisinden beklenemez hale getirmelidir. Nitekim öyle bir durum ortaya çıkmıştır ki, iş ilişkisinin temelinde bulunması gereken güven telafisi imkânsız bir şekilde ortadan kalkmıştır²⁰.

Çalışmamızın konusunu esas itibarıyla, işletme gerekleriyle fesih sebepleri oluşturduğu için, konuyu bir bütün olarak değerlendirebilmek adına haklı neden kavramı ve niteliği üzerinde durmakla yetiniyor, haklı neden oluşturan ve İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenen durumların veya haklı nedenle fesihte uyulması gereken usulün incelemesine girmiyoruz.

1.2.2.2. Süreli (Feshi İhbar Yoluyla) Fesih

İş sözleşmelerinin süreli (feshi ihbar yoluyla) feshi, esas itibarıyla belirsiz süreli sözleşmeler bakımından²¹ taraflardan birinin diğerine fesih öneli vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmesidir. Diğer bir deyişle, belirsiz süreli ve ifası mümkün bir sözleşmenin işçi veya işveren tarafından herhangi bir nedene dayanmaya ihtiyaç

¹⁸Yargıtay'ca haklı neden olarak kabul edilmiş güncel örnekler için bkz. Yarg. 22 HD, 2016/23810 E. 2020/151 K. 13.01.2020 T. sayılı kararı; Yarg. 7 HD, 2017/17083 E. 2020/8339 K. 01.7.2020 T. sayılı kararı; Yarg. 22 HD, 2016/23810 E. 2019/21560 K. 26.11.2019 T. sayılı kararı; Yarg. 9 HD, 2016/20120 E. 2020/8147 K. 16.9.2020 T. sayılı kararı; Yarg. 22 HD, 2017/26906 E. 2020/4693 K. 10.03.2020 T. sayılı kararı; Yarg. 22 HD, 2017/25771 E. 2019/22423 K. 04.12.2019 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

¹⁹Kenan Tunçtomak / Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s. 370 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 595.

²⁰Yarg. 7 HD, 2014/8876 E. 2014/16648 K. 10.09.2014 T. sayılı kararı; Yarg. 9 HD, 2012/4018 E. 2014/7710 K. 10.03.2014 T. sayılı kararı; Yarg. 9 HD, 2012/2259 E. 2014/8616 K. 17.03.2014 T. sayılı kararı. Kararlar için bkz. Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, **"MESS- Uygulamacılar İçin Örnek Yargıtay Kararları"**, S: 3, 2015.

²¹İK m. 17 uyarınca, fesih bildirimi yoluyla bir iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için bu sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olması gerekmektedir. Bu kapsamda belirli süreli iş sözleşmelerinin fesih bildirimi yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte belirli süreli iş sözleşmeleri sürenin bitimiyle kendiliğinden veya İK m. 24 ve m. 25'te sayılan haklı sebeplerle sona erebilir.

olmaksızın, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması sonucunda iş sözleşmesinin ileriye etkili ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmadan sona erdirilmesidir²².

Bazı belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından ise, iş sözleşmesinin feshi kanunen geçerli bir nedenin ve bazı diğer şartların bulunmasına bağlanmıştır. İK m. 18 uyarınca; *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”* İş güvencesi sistemi adı verilen bu sistem uyarınca, kanun belirli şartlara bağlı işçilerin iş sözleşmesinin keyfi olarak feshinin önüne geçmek istemiş ve fesih hakkının kullanılmasını işveren açısından geçerli bir nedenin varlığına bağlamıştır. Geçerli neden, işçinin sahsına veya işletmeye, işyerine ya da işe ilişkin olabilen, işçinin işgörme borcunu olumsuz yönde etkileyen, diğer bir deyişle, işçinin işgörme borcunu gerektiği şekilde ifa etmesini engelleyen neden olarak karşımıza çıkmaktadır²³.

Bu kapsamda kanunda geçerli neden olarak kabul edilen hallerin, iş sözleşmesinin derhal ve tazminatsız feshine yol açan haklı nedenler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş görme borcuna devam etmesini engelleyen ve işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisini sarsan somut durumlar olarak anlaşılması uygun olacaktır. Geçerli neden olarak zikredilen bu durumlar, haklı nedenlere göre daha hafif kalmakta, ancak yine de sözleşmenin feshine yol açmaktadırlar. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda geçerli neden kavramı; *“...İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan sebepler, aynı Kanun'un 25. maddesinde belirtilen sebepler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir.”* şeklinde açıklanmıştır²⁴.

İşçinin feshe karşı korunması ve iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde keyfiliğin önlenmesi, esasen uluslararası bir eğilimin neticesidir. İşçiye gerek duyduğu

²²Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s.14 (“İşletme Gerekleri”).

²³Cevdet İlhan Günay, “İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, **kamu.iş.org.tr**, 2015 s. 154 (“İş Güvencesi ve Hukuki Sorunlar”).

²⁴Yarg. 22HD, 2016/31130 E. 2016/2694 K. 12.12.2016 T. sayılı kararı (www.kazancı.com.tr).

güvenli çalışma ortamının yaratılması ve diğer yandan işverenlerinden girişim özgürlüklerinin ağır şartlar altında ezilmesinin önlenmesi amacıyla, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 23 Haziran 1982 tarihinde, 158 sayılı ILO sözleşmesi kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. İlgili düzenlemenin temel amacı, çoğu zaman tek geçim kaynakları çalıştıkları işten elde ettikleri ücret olan işçilerin, tutarsız ve ani fesihlere karşı korunmasıdır. Sözleşmesi'nin 4. Maddesi uyarınca, işveren mevcut iş ilişkisine ancak ve ancak geçerli bir nedenin varlığı halinde son verebilecektir. Sözleşmede geçerli sebepler işçinin kapasitesi, işin yürütümü veya işyeri gereklerine dayalı geçerli sebepler olmak üzere gruplandırılmıştır²⁵.

İş Kanunumuzun iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebepleri düzenleyen 18. maddesinde de söz konusu bu gruplandırmaya benzer bir şekilde, iş sözleşmelerinin yalnızca, işçiden kaynaklanan fesih sebepleri veya işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesih sebeplerine dayanarak sona erdirebileceği öngörülmüştür²⁶. Bu kapsamda iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebep teşkil edebilecek etkenler hem uluslararası mevzuatta hem de ulusal mevzuatımızda işçiden kaynaklanan sebepler ve işçiden kaynaklanmayan (dış etkili) sebepler olarak ikiye ayrılmıştır.

1.2.2.2.1. İşçiden Kaynaklanan Sebepler

İşçiden kaynaklanan sebepler esas itibariyle işçinin performansından veya davranışlarından kaynaklanmaktadır. Yani bu sebepler, işçinin hakimiyet alanı içerisinde ve hatta bazen kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Söz konusu bu sebepler, bu çalışmanın konusunu teşkil etmediğinden, detaylı bir biçimde incelenmeyecek ancak çalışmamızın konusunun sistematik bir biçimde anlaşılabilmesi için aşağıda kısaca değinilecektir.

²⁵Robert N. Covington / Kurt H. Decker, **Employment Law in a Nutshell**, 3. Baskı, West Group Publication, 2012, s.46; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, **Legal İş Hukuku Dergisi**, C:14, S: 54, 2017, s. 672; M. Polat Soyer, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gereken Yasal Düzenlemeler”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi 2001 Toplantı Metninden Alıntı**, s.271 vd.

²⁶Öcal Kemal Evren, “İş Güvencesi Bağlamında İşletme, İşyeri veya İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih Kavramı”, **İSMMMO – Mali Çözüm Dergisi**, Kasım – Aralık 2011, s. 166.

İşçiden kaynaklanan sebepler çoğu zaman işçinin kendi kontrolünde olan, iş barışını veya işletmeyi olumsuz olarak etkileyen bir davranışı ve işçinin işin görülmesi için gerekli nitelikleri veya çabayı sarf etmediği anlamına gelmektedir²⁷.

İşçiden kaynaklanan sebepler, genel itibariyle işçinin irade alanında kalan, işçinin işletmeyi olumsuz olarak etkileyen bir davranışı veya işçinin işin görülmesi için taşıması gereken nitelikleri taşınamaması anlamına gelmektedir. Bu durumda esas itibariyle işçinin hakimiyet alanından yani kendisinin şahsından, davranışlarından, eğitiminden ve vasıflarından kaynaklanan bir sebep ortaya çıkmaktadır. İşçi bu sebepleri genel itibariyle bilebilecek ve öngörebilecek durumdadır. Geçerli sebep/ haklı sebep ayrımını incelerken açıkladığımız üzere bu sebepler, sözleşmeye derhal son verebilecek ağırlıkta olmamakla birlikte, işyerinde iş akışını negatif şekilde etkileyecek ve işveren nezdinde iş sözleşmesinin sürdürülmesini imkânsız hale getiren neden veya durumlardır²⁸.

Hem işçinin davranışından kaynaklanan nedenlerde hem de işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, söz konusu nedenin işçinin iş görme borcunun ifasında önemli derce güçlük arz edecek şekilde olumsuz durumlara yol açması gerekmektedir. Bu olumsuz durumlar, işyerinde iş barışını bozmalı veya işverenin artık işçisine güven duymasını imkânsız hale getirmelidir²⁹. O kadar ki, söz konusu sürekli hizmet ilişkisinin devamı düşünüldüğünde, aynı işçinin ileride işveren tekrar ve tekrar zarar vermesi ihtimali dahi gündemde olmalıdır³⁰.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler denildiğinde ise, işçinin nitelik veya nicelik olarak kendisi ile aynı durumdaki diğer işçilerden geri kalması anlaşılmaktadır³¹. İşçi kendisine verilen görevleri, görevin niteliğine uygun olarak ifa edebilecek yani iş sözleşmesi ile yükümlendiği edimi yerine getirebilecek durumda değildir. Bu yetersizlik bazen işçinin eğitiminde bazen ise işyerine gösterdiği özen ve

²⁷Kalkan, a.g.e., s. 302. Süzek, **İş Hukuku**, s.408; Ekmekçi/ Yiğit, **Bireysel İş Hukuku**, s. 499 vd; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat **İş Hukuku Dersleri**, s. 511.

²⁸Erol Akı / Tunç Demirbilek, “Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sosyoekonomi Hakemli Dergisi**, C:11, S:11, 2010, s. 87 (“Performans Değerlendirme”).

²⁹Sedef Koç Tangün, **İş Sözleşmesinin İşçinin Kusurlu Fiilleri Nedeniyle Feshi**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 178.

³⁰Yarg. 9 HD, 2008/20570 E. 2009/6142 K. 09.03.2009 K. sayılı kararı (www.calismatoplum.org).

³¹Akı/Demirbilek, **Performans Değerlendirme**, s. 85.

bağılılığında ortaya çıkabilmektedir. Yetersizlikten kasıt, işçinin maddi ve manevi özelliklerinin, iş sözleşmesi ile üstlendiği işi ifa etmede yetersiz kalması ve bu durumun görevlerin ifası sırasında, işyerinde var olması beklenen düzen ve verimli çalışma ortamını olumsuz etkilemesidir.

1.2.2.2.2. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler

Kısaca “işletme gerekleri” olarak da adlandırılan bu sebepler, temel olarak feshe dayanak teşkil edecek nedenin işçinin hakimiyet alanından değil, tam aksine işçinin kontrol edemeyeceği zorlayıcı etkenlerin varlığından kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Burada tartışılan husus, işçinin belirli bir davranışı veya performans eksikliği değil, işletmede veya iş yerinde ortaya çıkan olumsuz ancak göz ardı edilemeyecek zorlayıcı nedenlerdir. O kadar ki, bu nedenler iş sözleşmesi gereği işverenin üstlendiği yükümlülük olan ücret borcunun ifasını imkânsız veya sona derece güç hale getirmektedir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden bu nedenler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VEYA İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN FESİH

2.1 Kanuni Düzenlemeler ve Kavram

İK m. 18 hükmü uyarınca; *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”* Madde metninde, iş güvencesi şartları sayılmış ve iş güvencesinden faydalanan işçiler bakımından feshin geçerli sebebe dayanma zorunluğu ifade edilmiştir. Geçerli sebepler sayılırken ise, fesih sebepleri bizzat kanun koyucu tarafından gruplandırılmış ve iş sözleşmesinin feshinin; işçinin performansına, davranışına veya işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayanması zorunluluğu vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleriyle yapılan feshin kanuni dayanağını doğrudan İK m. 18 oluşturmaktadır.

Kanun maddesinde, işletme gerekleri ile fesihten bahsedilmiş ancak, bu fesih sebeplerine herhangi bir açıklama getirilmemiştir. İK m. 18 gerekçesi incelendiğinde, işletme gerekleri ile feshe dair daha detaylı açıklamaların yer aldığı görülmektedir³². Madde gerekçesi söz fesih sebebini öncelikle işyeri içinden ve işyeri dışından doğan sebepler olarak iki ana gruba ayırmıştır. İşyeri dışından doğan sebeplere örnek olarak; *“(...) sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler” işyeri dışından kaynaklı nedenler ve “yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması”* hususları verilmiştir. İşyeri içinden doğan sebepler ile ilgili olarak ise; *“(...) yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojilerin kullanılması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması”* örneklerine yer verilmiştir.

³²Ali Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi” (Karar İncelemesi), **Çalışma ve Toplum**, S.1, 2005, (“Keyfilik Denetimi”) s. 163.

Sayılan örneklerden açıkça görüleceği üzere; işletme gerekleri ile feshe sebep olan nedenlerin, işçinin hakimiyet alanı veya şahsı ile bağlantısı bulunmamaktadır. Bu nedenler, çoğunlukla ekonomik zorluklardan veya verimlilik kaygılarından doğan ve işçi dışında meydana gelen zorlayıcı sebeplerdir³³. Doktrinde bu fesih grubunun genellikle ekonomik mülahazalardan kaynaklandığı ve işverenin ekonomik durgunluktan veya zorlayıcı rekabet şartlarından kaçınma çabalarının bir neticesi olduğu belirtilmektedir³⁴.

İş Kanunu'nun konuya ilişkin diğer maddeleri incelendiğinde bu kanıya varmak kolaylaşmaktadır. Toplu işçi çıkarmaya ilişkin İK m. 29/1 hükmü; "*İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde (...)*" şeklinde kaleme alınmıştır. Yine benzer olarak işyeri devrine ilişkin İK m. 6/5 hükmü; "*Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları (...)*" kavramından bahsetmektedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, işletme gerekleri ile yapılacak fesihten atıf yaparken, dışarıdan gelen, ekonomik ve zorlayıcı gerekliliklere atıf yapmaktadır. Dolayısıyla, işletme gerekleri ile yapılan fesihten, işçinin şahsından (veya kusurlu bir davranışından) kaynaklanmadığı, bilakis bu sebeplerin işçinin hakimiyet sahası dışından geldiği açıktır³⁵.

İşletme gerekleri ile yapılan feshin işçinin hakimiyet alanından kaynaklanmaması, bu fesih türüne birçok ayırt edici özellik kazandırmaktadır. Öncelikle, bu fesih türünde işçinin söz hakkı olmadığı için, işçinin feshe karşı korunması özel bir önem arz etmektedir. İşletme gerekleri ile yapılan fesih işçiye çoğunlukla bir sürprizdir. İşçinin bunu engelleme veya bundan kaçınma lüksü yoktur. Bu sebeple bu fesih türünün yargısal denetiminin çok ciddi ve detaylı bir şekilde yapılması gerekir³⁶. Bir diğer olarak, bu fesih türünde işçinin bir söz hakkı olmadığı için, işçinin savunmasının alınması zorunluluğu da yoktur³⁷. İşveren, performans

³³Hakan Keser, "İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi", **Sicil Hukuk Dergisi**, S:10, Haziran 2008, ("Yargıtay Kararı İncelemesi"), s. 233.

³⁴Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 37.

³⁵Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, s. 997

³⁶Çelik/Canikoğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 532.

³⁷Çelik/Canikoğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 546.

veya davranışa dayalı fesihlerden farklı olarak, işçinin yazılı savunmasını almadan, işletme gerekleri ile fesih yapılabilir. Bu durum İK m. 19'da; *“Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez.”* denilmek suretiyle belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, madde metninde savunma alma zorunluluğundan bahsedilirken yalnızca, işçinin davranışı veya veriminden kaynaklı sebeplerden bahsedilmiştir. Yargıtay'da konuya ilişkin verdiği kararlar da işletme gerekleri ile yapılan feshlerde, işçinin savunmasının alınması zorunluğunun bulunmadığını belirtmektedir³⁸.

Görüldüğü üzere, işletme gerekleri ile feshe ilişkin İş Kanunu'nda bulunan kanuni düzenlemeler son derece azdır. Bu düzenlemelerde kavramın tam bir tanımı yapılmamış ve madde gerekçesinde örnekler verilmekle yetinilmiştir. Bu fesih türünün muhtevası, fesih sebeplerinin sınırları, geçerli fesih yapılabilmesi için izlenmesi gereken usul Yargıtay tarafından verilen kararlar ve öğretide bu konuda yazılan makaleler, incelemeler ve eserler sayesinde doldurulabilmiştir³⁹. İşletme gerekleri ile fesih kavramının muhtevasına dahil kavramlar, bunların sınırları ve fesih sebeplerinin ne anlama geldiği aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.2. İş, İşyeri ve İşletme Kavramları

İşletmenin, iş yerinin veya işin gereklerine dayanılarak yapılan feshin tanımlanabilmesi için, öncelikle işletme, işyeri ve iş gibi kavramların sınırlarının belirlenmesi gereklidir. İK m. 18 gerekçesinde, işyeri dışından ve işyeri içinden doğan sebep ayrımından bahsedilmektedir. Bu kapsamda bu kavramların net olarak ifade edilmesi, fesih ile olan bağlantılarının keşfedilmesi açısından önemlidir.

Esas itibarıyla iş teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunda pek bir duraksama bulunmamaktadır. İşyerinde, işçi tarafından görülen hizmet, istihdamın sebebi veya gerekliliği iş olarak tanımlanmaktadır. İşçi tarafından görülecek işin tanımı esas olarak iş sözleşmesi ile yapılır. Nitekim iş, iş sözleşmesinin asli unsurunu oluşturan ve ücretin tam karşısında bulunan edimdir. İş sözleşmesinin amacı iş edimi ile ücret ediminin değiştirilmesidir. Bu kapsamda, işçi tarafından, işverene ücret

³⁸Yarg. 22HD, 2014/32678 E., 2014/34741 K. ve 08.12.2014 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

³⁹Genç Erdem, Nurşen, İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Feshi, İstanbul T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Nisan 2018, s. 89.

karşılığında sunulan hizmet ve çalışmalar iş kavramını oluşturacaktır. Bu kavramının sınırları ise, her bir somut olayda ayrı ayrı ve iş sözleşmesi ile belirlenecektir⁴⁰.

İşletme ve işyeri kavramlarının tanımlanmasında ise durum bu kadar kolay değildir. İş Kanunu'nda işyeri veya işletme kavramlarının bir tanımı yapılmamıştır. İşyeri kavramı, İK m. 2/1-3'te; *“İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda işyeri ile ilgili olarak dikkat çeken ilk husus, işyerinin mutlaka maddi bir ortamı değil, maddi olmayan unsurları da bünyesinde barındırdığıdır. Bu kapsamda, işverenin, mal veya hizmet üretmek amacına yönelik olarak, elinde olan bütün imkanları (işçi, üretim makineleri, bilgi, birikim, elektronik ortamları vb.) örgütlediği yere işyeri adı verilmektedir⁴¹. Fiziken mal ve hizmet üretiminin yapıldığı yerin yanında, işyeri bünyesinde üretilen mallar yahut hizmetlerle nitelikleri bakımından bağılıkları olan örgütlü yerler (yemekhane, revir, emzirme odası vb.) işyeri olarak kabul edilmektedir⁴². Söz konusu bu eklentilerin işyeri olarak kabul edilebilmesi için, işin niteliğine yönelik bağılılığının bulunması, malların üretiminden satımına kadar bütünlük içerisinde aynı amaçla hareket edilmesi ve birbirlerine tamamlayıcı bir görünüm arz etmesi gerekmektedir⁴³.

İşyerinden bahsedilebilmesi için gerekli olan maddi unsurlar; malların ve hizmetlerin üretimlerinde kullanılmakta olan işyerinin arsası, binası, iş yapımında kullanılan makineler ve benzeri varlıklardan oluşmaktadır. Bunlar dışında kalan üretime yönelik yöntemler, buluş, imtiyaz ve benzeri olmak üzere teknolojinin gelişmesiyle ve sınai haklarda artışlardan dolayı değerlendirilen unsurlar maddi olmayan unsurlar olarak sayılmaktadır⁴⁴. Kamusal yahut özel sektör olsun, kapalı yahut açık ortamda yapılsın, işyeri içerisinde çalışan işçi sayısının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Aynı şekilde işyerine malik olan kimsenin işveren olması

⁴⁰Çelik/Canikoğlu/Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 289.

⁴¹STİSK m. 2/3'te; *“Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlandığı gibidir”* denilmek suretiyle, İK'daki işyeri tanımının, toplu iş hukuku bakımından da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. İşyeri kavramına ilişkin farklı bir düzenleme de 5953 sayılı BİŞK'te yer almaktadır. BİŞK m. 3 uyarınca, bu kanuna tabi çalışanlar bakımından, *“gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları”* nın işyerinden sayılacaktır. Görüldüğü üzere kanun, kendi kapsamındaki işyerlerini, somut örnekler vermek suretiyle genişletmiştir. İş Kanunu'nda işyerleri somut örnekler ile değil, genel bir tanım ile ifade edilmiştir.

⁴²Eyrenci/Taşkent/Ulucan, *İş Hukuku*, s.47.

⁴³Eyrenci/Taşkent/Ulucan, *İş Hukuku*, s.48-49

⁴⁴Çelik/Canikoğlu/Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 138 vd.

zorunluluğu bulunmadığı gibi, işlerin yürütülmesine yönelik işveren tarafından kiralanan yerlerin de işyeri niteliği bulunmaktadır⁴⁵. İK m. 2/1’de “*mal ve hizmet üretimi*” tabirinin kullanılmasından dolayı işyeri bünyesinde ticaret yapılabilceği veya sinai faaliyetler yerine getirilebileceği kadar serbest mesleklerin yahut hizmet kesimini ilgilendiren çalışmaların yerine getirilmesine de olanak bulunmaktadır. İşçinin çalışmasını sözleşmede belirtilen yer ve genel olarak işyeri bünyesinde yapması esastır⁴⁶.

Bununla beraber, günümüz çalışma düzeninde işyerinden sadece fiziki bir ortam olarak bahsedilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bilişim dünyasındaki hızlı gelişmeden dolayı iş hukuku alanına yeni çalışma yöntemleri eklenmektedir. Özellikle, küresel salgın gibi zorlayıcı sebeplerin varlığında, bugün evden çalışma gibi alternatif çalışma yöntemleri hiç olmadığı kadar yaygındır. Sanal ağlar veya tele çalışma vasıtasıyla yapılan işlerde, işyeri kavramının sınırını çizmek oldukça zordur. Doktrinde, işyerine getirilen yasal tanımların haricinde, yeni ve daha geniş tanımların da yapılması zorunluluğun doğduğu ve bahse konu çalışma yerlerinin, klasik anlamda işyeri tanımına uymasa dahi, işyeri sayılacağından bahsedilmektedir⁴⁷.

İşletme kavramının ise, İş Kanunu’nda bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla beraber, İş Kanunu’nun çeşitli maddelerinde, işletme kavramına başvurulmuştur. Doktrinde işletme kavramı, “*iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸. İşletmenin mutlaka bir şirket olmasına gerek yoktur. Önemli olan sermaye sahiplerini, yöneticileri ve işçileri bir araya getirmesidir. Doktrinde işletmenin, işletme sahibinden ayrı ve bağımsız bir varlığa sahip olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda işletme, organize edilmiş ve sürekli bir görünüm arz eden bir müessesedir. İşletmeye ait sözleşmeler, işyeri ve işletmenin devredilmesi durumunda dahi devam eder. Bu husus işletmenin sürekliliğini ve bütünlüğünü göstermektedir⁴⁹.

⁴⁵Bektaş Kar, “İş Güvencesi Kavramı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C:2, S:6, 2005 (“İş Güvencesi”), s. 106.

⁴⁶Kar, *İş Güvencesi*, s. 106.

⁴⁷Eyrenci/Taşkent/Ulucan, *İş Hukuku*, s. 48.

⁴⁸Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, Legal Yayınevi, İstanbul, 200, (“İşyeri ve İşletme”), s. 35.

⁴⁹Ahmet Taşkın, “İş Hukukunda İşletme Kavramı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2012/1, s. 78.

2.3. İşletme ve İşyeri Kavramları Arasındaki Farklar

İşyeri ve işletme kavramları uygulamada sıklıkla birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu kavramlar arasında şüphesiz benzerlikler vardır. Her iki kavramda mal ve hizmet üretiminin birlikte yer aldığı organizasyonları ifade etmektedir. Bununla beraber, bu iki kavram her ne kadar birbirleri ile bağlantılı olsa da iş hukuku bakımından farklıdır.

İşletmeler, çoğunlukla birden fazla işyerinin (ve daha başkaca unsurların) bir araya gelmesi ile oluşur. Ancak bu hukuki bir zorunluluk değildir. Tek bir işyerine sahip bir işletme mevcut olabileceği gibi, klasik anlamda işyeri bulunmayan bir işletmeden de bahsedilebilir⁵⁰. Diğer yandan, işyerinde işçiler ve iş gücü vazgeçilmez bir unsurdur. İşyerinde vazgeçilemeyen bir unsur olan işgücünün, işletme bakımından bir önemi bulunmamakta, hatta ticari işletme bazında mutlaka bir işçinin çalıştırılmasına dahi gerek bulunmamaktadır⁵¹. Son olarak, işyeri ve işletmenin birbirinden ayrılabilmesine yarayan ölçütlerden birisinin de izlenen amaç olduğu söylenmektedir. İşyerinde mal ve hizmet üretimi gibi teknik bir amaçla hareket edilmesine karşın işletmeler bakımından gelir ve kâr elde etme amaçları ön plana çıkmaktadır⁵². İşyerlerinin, piyasayla, kâr ya da zararla direkt ilgisinin bulunmaması onları işletmelerden ayırır⁵³.

2.4. İşletmesel Karar

2.4.1. Kavram ve Hukuki Dayanak

İş sözleşmesinin işin, işyerinin veya işletmenin gereklerine dayanarak feshedilmesi durumunda, yapılan fesih işleminin işverenin inisiyatifine bırakıldığına ve işçinin bu konuda bir müdahale imkânı olmadığına yukarıda değinmiştik. Peki işverenin tek başına verdiği bu karar ve karar verirken dayandığı saikler nasıl anlaşılacaktır? İşverenin verdiği kararın tam olarak ortaya konulması bu kararın

⁵⁰Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 24.

⁵¹Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **İş Hukuku**, s.47-49.

⁵²Sümer, **a.g.e.**, s. 24.

⁵³Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 150 vd.

yargısal denetimi açısından önem arz etmektedir. Mahkemece yargısal denetim yapılırken, işletmesel kararın ölçülü ve dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı ve tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının anlaşılması bu kararın içeriğinin net olarak bilinmesine bağlıdır. Fesih sebebinin nasıl ve hangi gerekçelerle alındığının dış dünyaya duyurulması gereklidir.

İşverenlerin, işletmelerini yönetirken aldıkları kararlara işletmesel karar (veya girişimci kararı) adı verilmektedir. İşletmesel karar; “*Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin adlıği her türlü karar*” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁴. İşletmesel karara ilişkin doktrinde yer alan bir diğer tanım; “*İşverenin, piyasa koşullarını dikkate alarak, işletmesinin iktisadi geleceği hakkında, işletmecilik kimliğiyle aldığı ekonomik, teknolojik ve yapısal kararlar.*” şeklindedir⁵⁵. İşletmesel karar; işverenin işletmesi için ham madde satın alması, yer kiralaması, taşınır veya taşınmaz mal satın alması, işçi istihdam etmesi, işyerini bölümlere ayırması, çalışma prensipleri tertip etmesi gibi çok çeşitli türden inisiyatifler şeklinde karşımıza çıkabilir. İşletmesel karar bakımından ayırt edici olan, işverenin işletmesini sevk ve idare amacıyla bu kararları almasıdır. İşyerindeki istihdamın azaltılması ve işçi çıkarılması da işletmenin sevk ve idaresine ilişkin olduğundan, işletme gerekleri ile işçi çıkarmak için de bir işletmesel karar alınması zorunludur⁵⁶.

İşveren, işçi çıkarmaya yönelik işletmesel kararını, işyeri içerisinden kaynaklı sebepler nedeniyle alabileceği kadar, işyeri dışarısından kaynaklı sebeplerden yola çıkarak da işçi çıkarmaya karar verebilir⁵⁷. İşverenin almış olduğu işletmesel karar, fesih işlemine yönelik yargısal denetime temel teşkil edecektir⁵⁸. Yargıtay da istikrarlı şekilde verdiği kararlarında, işletme gerekleri ile yapılan fesihlerde, gerekçeli ve

⁵⁴Yarg. 9HD, 2010/33259 E., 2010/30959 K. ve 01.11.2020 T. Sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁵⁵İlke Gürsel, “İşverenin İşletmesel Kararları ve Yargısal Denetimdeki Sınırlar”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV**, ed. Kübra Doğan Yenisey/Seda Ergüneş Emrağ, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2021, s. 196.

⁵⁶Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 678 vd.

⁵⁷Kar, **İş Güvencesi**, s.108.

⁵⁸Yargıtay 9HD., 2019/430 E., 2019/12440 K. ve 29.5.2019 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD, 2019/3100 E., 2019/11547 K. ve 23.05.2019 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD., 2019/881 E., 2019/10723 K. ve 13.05.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

denetime elverişli bir işletmesel kararın alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir⁵⁹.

İşletmesel kararlar doğrudan işveren tarafından alınabilecek olduğu gibi, işverenle aralarındaki temsil ilişkisinden doğan sebeplerle işveren vekilince tarafından da alınabilir⁶⁰. Nitekim, işveren vekilinin işverenin namına işletmenin, işyerinin ve işin yönetimiyle görevli olmasından dolayı işletmesel kararlar alabileceği kabul edilmektedir⁶¹. Günümüzde özellikle çok uluslu şirketlerin çalışma hayatında baskın hale gelmesiyle, aynı işveren bünyesinde çalışan işçi sayısı giderek artmıştır. Bu şekilde, işçi sayısı bakımından büyük şirketler açısından, işveren vekillerinin aldığı kararların da işletmesel karar olarak kabul edilmesi ve yargısal denetime tabi tutulması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşletmesel kararın amacı işletmenin sürekliliğinin sağlanması ve işletmenin değişen şartlara uyum sağlamasıdır. Bu amaca yönelik olarak alınan kararların hem işverenin hem de işçilerin menfaatini koruması gerekmektedir⁶². Bu şekilde alınan işletmesel kararların esas dayanağı Anayasa m. 48’de bulunan “*çalışma ve sözleşme kurma hürriyeti*” dir. Gerçekten de çalışma hürriyeti kapsamında her girişimcinin teşebbüs kurma ve bu teşebbüsü kendi özgür iradesi ile yönetme hakkı bulunmaktadır⁶³. İşletmesel kararlar da bu özgürlüğün kullanılma araçlarıdır ve bu sebeple doğrudan Anayasaya dayanırlar.

Anayasa m. 48’e ek olarak, “*çalışma hakkı ve ödevi*” başlığını taşıyan Anayasa’nın 49. maddesi de girişim özgürlüğüne ve işletmesel karara dayanak oluşturmaktadır. Bu madde uyarınca; “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*”. Görüldüğü

⁵⁹Yargıtay 22HD., 2015/17194 E. 2015/20706 K. ve 15.06.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2015/25567 E., 2015/2710 K. ve 01.10.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD., 2016/10493 E. 2016/13612 K. 05.05.2016 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2016/2245 E., 2016/22332 K. ve 19.12.2016 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

⁶⁰Aydın Başbuğ, **İş ve Hukuk**, 3. Baskı, Binyıl Yayınevi, Ankara, 2013, s.58.

⁶¹Sarper Sözek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil Hukuk Dergisi**, Aralık 2008, (“Eşit Davranma Borcu”), s.167-168.

⁶²Engin, **İşletme Gerekleri**, s.53.

⁶³Dilek Dulay, “İşletme Gereklerine Dayanan Fesih”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S:46, Haz. 2010, s. 90

üzere, Anayasa m. 49 uyarınca, çalışmak hem bir hak hem de bir ödev olarak düzenlenmiştir. Devletin bu konudaki görevi ise, çalışma hayatını geliştirmek ve çalışanları korumaktır. Çalışma hayatını geliştirme görevi kapsamına, işverenlerin girişim özgürlüğünün ve piyasa şartlarının korunmasının da girdiği kabul edilmektedir⁶⁴. Diğer yandan, işverence iş akdinin sonlandırılması yönünde alınan işletmesel kararlarla, işçiye verilen çalışma hakkının çatıştığı şüphesizdir. Devletin bu her iki hakkı aynı anda koruması mümkün değildir. Bütün bu sebeplerle bu hakka yönelik sınırların ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak ve kanunla belirlenmesi zorunludur⁶⁵.

İşletmesel kararın dayanağını doğrudan Anayasadaki girişim özgürlüğünde bulmasının en önemli sonucu, işletmesel kararın yerindelik denetimine tabi olmamasıdır. Diğer bir deyişle, işverenin almış olduğu işletmesel kararın hatalı olması da mümkündür. İşletmesel kararın hukuksal dayanağını, doğrudan girişim özgürlüğü teşkil ettiğinden, mahkemelerin işletmesel kararın yerindeliğini denetlemesi mümkün değildir. İşletmesel kararın hatalı veya ticari teamüllere aykırı olmasından ötürü, mahkemece feshin geçersiz olduğu yönünde bir karar verilemeyecektir. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.4.2. İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü

Yukarıda belirtildiği üzere, işverenler aldıkları işletmesel kararlar aracılığıyla, işletmelerine ait hedefleri ve hedeflerin sağlanmasına yönelik araçları özgür bir şekilde belirler⁶⁶. İşverence, işletmenin iktisadi riskinin üstlenilmesi, işletmeyi başarılı kılma ve geleceğe yönelik karar alma hakkının da bulunmasını gerektirmektedir⁶⁷. Nitekim, değişen piyasa şartlarının dikkate alınmaması ve kötü bir yönetim neticesinde borç altına girecek ve belki de iflas edecek olan işverendir⁶⁸.

⁶⁴Dulay, a.g.e., s. 91.

⁶⁵Dulay, a.g.e., s. 91.

⁶⁶Erol Eren, **Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.27.

⁶⁷Engin, **İşletme Gerekleri**, s.5; Gürsel, a.g.e., s. 205.

⁶⁸Muhittin Astarlı, “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 17, Mart 2010, s.83; Devrim Ulucan, “Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C: 12 S: 47, 2015, (“Geçerlilik Denetimi”), s.11; Murat Özveri, “Kriz Koşullarında İş Yasası Uygulama Sorunları”, **Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku 1. Sempozyum**, 2009, s.38.

İşletmesel kararın hukuki dayanağının Anayasa olması ve işverenlerin bu kararların içeriğini yönetsel olarak belirlemekte serbest olması, Yargıtay tarafından da çokça ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemece verilen bir kararda; “(...) işverenin 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’inci 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.” şeklinde hüküm kurulmuştur⁶⁹. Görüldüğü üzere Yargıtay da işletmesel kararın yerindelik denetimi dışında olduğu kanaatinde.

İşletmesel kararın yerindelik denetimi dışında olması hem işletmesel kararın mevcudiyetine hem de içeriğine yöneliktir. Yani işverence işçi çıkarılmasına ilişkin kararın yerindeliği denetlenemeyeceği gibi, hangi bölümdeki işçilerin veya hangi sığata sahip işçilerin çıkarılacağına ilişkin kararın da piyasa şartlarına uygunluğu denetlenemeyecektir. Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında; “(...) davalı işverence işyeri bünyesinde 41 adet işyeri hekimi çalıştırıldığı, bunların 16’ının iş akdinin feshedilmiş olduğu, fesih işleminde pratisyen hekim olan çalışanların iş akitlerinin feshine gidilirken uzman hekimlerin çalışmalarının sürmesinin tercih edildiğini” belirtmiş ve feshe yönelik işletmesel kararın içeriğinin yerindelik denetimi dışında tutulması gerektiği kanaatine varmıştır⁷⁰.

Yönetim hakkı bakımından işverenin sahip bulunduğu işletmesel karar alma özgürlüğünün kaynağı anayasada işverene tanınan girişim özgürlüğüdür. Bu hakkın sınırlandırılması sadece özüne dokunulmaması şartıyla ve ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak yapılabilmektedir⁷¹. İş sözleşmesinin değiştirilmesi, işyerinin

⁶⁹Yarg. 9HD, 2017/25077 E., 2017/16092 K. ve 18.10.2017 T. sayılı kararı. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da aynı gerekçeye vurgu yapmaktadır. Bknz. Yarg. 9HD, 2017/25077 E. 2017/16092 K. ve 18.10.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

⁷⁰Yargıtay 22HD, 2018/16588 E., 2019/221 K. ve 08.01.2019 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD, 2014/35516 E., 2015/726 K. ve 22.01.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2019/250 E. 2019/9462 K. ve 22.04.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

⁷¹Yargıtay 7HD, 2015/2166 E., 2015/6993 K. ve 13.04.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD, 2014/2871 E., 2014/3467 K. ve 24.02.2014 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD, 2015/16802 E., 2015/20317 K. ve 11.06.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD, 2014/5988 E., 2014/6453 K. ve 18.03.2014 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

kapatılması, nakledilmesi, işyerinden kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin feshedilmesi, iş görme sürelerinde değişiklik yapma ve benzeri durumlar işletmesel karara konu olabildikleri kadar, bu kararın sonucunda da ortaya çıkabilmektedirler. Bu kapsamda örnek olarak, iş akdine işyerinin kesinlikle kapatılamayacağı doğrultusunda düzenlemeler konulamayacaktır. Yoksa, hakkın özü ölçüsüz şekilde sınırlandırılmış olacaktır. Diğer taraftan sözleşmeye, çalışanın işyerinde farklı yerlerde çalışabileceğine yönelik konulan ibare, işverence işletmesel karar alınarak çalışanın işyerinin değiştirilmesine olanak tanıdığı şeklinde yorumlanmaktadır⁷².

İşletmesel kararın yerindeliğinin denetlenememesi, işverenlerin bu kararları tamamen serbest şekilde alacağı sonucunu doğurmamaktadır. Öncelikle, işverence alınacak işletmesel kararın piyasanın değişen koşullarıyla ve rekabete etme gücüyle bağlantılı olması gerekmektedir. Bu kararlar piyasada gelecek bir zamanda ortaya çıkabilecek gelişmelerle alakalı tahmin edilebilir bir değerlendirmenin sonucu olmalıdır⁷³. Bu kapsamda söz gelimi, işyeri taşınmasına yönelik veya işyeri faaliyetlerinin niteliğinde değişikliğe gidilmesi yönünde karar alınması, işverence işletmesel karar alma serbestisi içerisinde değerlendirebilir⁷⁴. Bununla beraber, tamamen keyfi olarak alınan ve işletmenin rekabet gücüyle ilgisi olmayan kararlar, işletmesel karar alma özgürlüğü kapsamında değildir.

Yine işletmesel karar her ne kadar yerindelik denetimi kapsamı dışında olsa da işçiler tarafından açılan işe iade davalarında mahkemelerce bu kararların yargısal denetimi yapılacaktır. Yargılama esnasında işverence, işletmesel kararlara temel alınan gerekçelerin ve kararın işletmenin gereklerine uygun olarak alındığının ortaya konması gerekmektedir. İşveren, işgücünün azaltılmasını gerekli kılan sebepleri mahkemede ibraz ve ispat etmelidir. Netice olarak, geçerli fesih yapıldığının kabul edilmesi, işletme gereklerinin işyerinde istihdam fazlalığına yol açması ve işletmesel karar sonucu, tedbir amaçlı yapılan fesihte zorunluluk bulunmasına bağlı olmaktadır⁷⁵.

⁷²Mehtap Yücel Bodur, “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, **İş ve Hayat**, C.1, S.2, 2015, s. 137-167, s. 140.

⁷³Mustafa Kılıçoğlu, “İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, **Yargıç Güven Çankaya’ya Armağan Semineri**, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008, (“Yargıtay Uygulaması”), s. 41.

⁷⁴Engin, **İşletme Gerekleri**, s.7.

⁷⁵Ulucan, “İş Güvencesi ve İşe İade Davaları”, **Kadir Has Üniversitesi Yayınları**, 29 Mayıs 2010 Semineri, 2010, İstanbul (“İade Davaları”) s. 58.

İşletmesel kararın yargısal denetimi ve hangi açılardan denetlenebileceği aşağıda, yargısal denetim başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

2.4.3. İşletmesel Karar Türleri

2.4.3.1. Kurucu İşveren Kararı

İşletmesel kararların çeşitli açılardan gruplara ayrılması mümkündür. Bununla beraber, bugün için kullanılan en temel ayırım kurucu işveren kararı ve bağımlı işveren kararı ayırımıdır. Doktrinde, bu ayırımın işletmesel kararın teorik olarak incelenmesine ve karar ile sebep arasında bağlantı kurulmasına yardımcı olması açısından faydalı bulunduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce de kurucu veya bağılı işveren kararı ayırımı, işletmesel kararın yargısal denetiminde pratik bir fayda sağlamaktan çok, kararın alınmasında rol oynayan arka planın tespiti açısından teorik bir öneme sahiptir.

Bazı durumlarda işverenlerin, halihazırda meydana gelmeyen ve işyerinin etkilenmesine henüz yol açmayan fakat ileride gerçekleşebilecek olası risklere karşı önlem alması gerekli olabilir. İşletmesel karar alma hürriyetinin, mevcut zorlukları engellemek amacına yönelmiş olması kadar, daha verimli bir düzen kurma çabasına ilişkin olması da mümkündür⁷⁶. Örnek olarak, bir işletmede eskimiş veya bakımı gerekli tesisatlarının yenilenmesi veya piyasa içinde rekabeti geliştirmek adına yeni makinelerin alınması ihtiyacı doğmuş olabilir. İşverenler bu kapsamda, teknolojinin yeniliklerini takip ederek yatırımlarını bu yönde gerçekleştirmek ve işin akışına yahut işgücüne yönelik düzenlemeler getiren kararlar alabilir⁷⁷. Bu şekilde alınan kararlar, işverenlerin işletmecisi kimlikleriyle aldıkları ve işletmenin verimliliğine katkı sağlamak adına alınan kararlardır⁷⁸. Bu kararlara kurucu işveren kararı denilmektedir⁷⁹.

Kurucu işveren kararında, kararın alınmasına yol açan zorlayıcı güç, bağılı işveren kararında olduğu gibi göz önünde değildir. Yani ortada, ekonomik kriz, savaş, doğal afet gibi zorlayıcı nedenler yoktur. Kurucu işveren kararındaki zorlayıcı neden,

⁷⁶Engin, *İşletme Gereklere*, s.48.

⁷⁷Engin, *İşletme Gereklere*, s.48.

⁷⁸Kar, *İş Güvençesi*, s.110.

⁷⁹Kar, *İş Güvençesi*, s. 110; Keser, *Yargıtay Kararı İncelenmesi*, s. 236.

işverenin rekabet gücünü korumak için ileriye dönük tahminleridir. Örnek olarak, işverende eğer teknolojik yatırımlar yapmazsa, mesela çağın gereklerine uygun bir web sitesi kurup online sipariş uygulamasına geçmezse, ileride rekabet gücünü kaybedeceği kaygısı bulunmaktadır. Bu kaygı, kurucu işveren kararının zorlayıcı unsurunu teşkil eder. Bu kapsamda, kurucu işveren kararları genellikle karşımıza, yeniden yapılanma veya yeni yatırım şeklinde çıkmaktadır. Bu kararlarda, bağlı işveren kararlarına nazaran işveren iradesi ön plana çıkmaktadır⁸⁰.

2.4.3.2. Bağlı İşveren Kararı

Bağlı işveren kararları, kurucu işveren kararlarının aksine, işverenin kendi iradesi dışında meydana gelen ve genellikle ekonomide yaşanan bozulmaların sonucu olan işveren kararlarıdır⁸¹. Diğer bir deyişle, işveren kendi isteği ve kusuru olmaksızın meydana gelen ve çalışanların sözleşmelerinin feshinde rol oynayan, bazı ekonomik kaynaklı olguların zaman içerisinde ortaya çıkmasıyla, bu kararları almaktadır⁸². Bu kararların alındığı hallerde, işçinin ifasını lüzumsuz kılan bir durum ortaya çıkmakta ve bu hal sözleşmenin devamını nesnel ölçütler ışığında beklenemez duruma sokmaktadır⁸³.

İş ilişkisi içerisinde ifayı kabule etki eden riskleri, zorlayıcı sebepler ve umulmayan haller şeklinde ikili bir ayırımı incelemek mümkündür. İfanın imkansızlığını sağlayarak borcun sonlanmasına neden olan zorlayıcı sebepler; savaşlar, afetler, hammaddeye ulaşamama gibi durumlardır. Bu sebepler, ifanın objektif imkansızlığına neden olduğu ölçüde zorlayıcı nedenin varlığı söz konusu olmaktadır. Ekonomide yaşanan krizler, satışlarda ve sürümlerde azalmalar, makinelerin arızalanması, işyerinin yanması, işyerinde bakım ve onarıma ihtiyaç duyulan haller ve benzeri sebeplerle işte duraksama yaşanması, işverence karar alınmasında kendi isteği ve iradesinin haricinde gelişen umulmayan hallerin bazıları olarak sayılabilir⁸⁴.

⁸⁰Engin, **İşletme Gerekleri**, s.48. Başbuğ, **a.g.e.**, s.58-59.

⁸¹Ali Güzel/Emre Ertan, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Çalışma Hukuku** 1. Sempozyum, 2009, s.72.

Başbuğ, **a.g.e.**, s.58; Kar, **İş Güvencesi**, s.110.

⁸²Engin, **İşletme Gerekleri**, s.4-5; Kar, s. 111.

⁸³Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 98.

⁸⁴Engin, **İşletme Gerekleri**, s.40.

Bağlı işveren kararlarının, işletmede ortaya çıkan risklere bağlı olarak, işyeri içinden veya işyeri dışından doğan riskler sebebiyle alınabilmesi mümkündür. Bu kapsamda; “*sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler*” işyeri dışından doğan risklerdir⁸⁵. İşyeri içinden doğan risklerin ortaya çıkması durumuna örnek olarak ise; “*işçinin sigorta primlerinin ödenememesi, işyeri içindeki istikrarsızlık, işletmenin yüklenmiş olduğu iş yoğunluğundaki aşırı artış, işverenin basiretsiz davranışları*” halleri verilmektedir⁸⁶. Ancak bu davranışların gerçek ve teknik anlamıyla bir kusur şeklinde değerlendirilmesi uygun bulunmamaktadır⁸⁷. Yine benzer olarak, işletme kaynaklı ekonomik krizin, işverenin tutumlarındaki hataya dayalı olarak ortaya çıkması ve işletmeye yönelik risk doğuran sebeplerle sözleşmenin feshine gidilmesi, bağlı işveren kararı olarak sınıflandırılmaktadır⁸⁸. Kanaatimizce, kurucu işveren kararı ile bağlı işveren kararı arasındaki sınırın, işverenin kusuru şeklinde çizilmesi uygun bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim, kurucu işveren kararlarının da yerinde olmayan ve kusurlu kararlar olması mümkündür. Her iki kavramın ayrılmasında, ekonomik zorluk ve halihazırda mevcut zorlayıcı nedenlerin varlığına bağlı kalınması, pratik açıdan daha kolay olduğu gibi, kavramlar arasında net bir sınırın çizilmesine de yardımcı olacaktır.

2.4.3.3. Kurucu İşveren Kararı ve Bağlı İşveren Kararı Kavramlarına Yönelik Eleştiriler

Kurucu işveren ve bağlı işveren kararına yönelik doktrinde çok fazla eleştiri getirilmektedir. Bu eleştiriler incelendiğinde, yapılan eleştirilerin bu ayrımın pratikte bir faydası olmadığı, kullanılan terimlerin kafa karışıklığına sebep olduğu ve ekonomik kriz durumlarında her iki karar türünü ayırmanın güçlük çektiği noktalarında toplandığı görülmektedir.

⁸⁵Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 99 vd.

⁸⁶Yücel Bodur, **a.g.e.**, s. 144.

⁸⁷Engin, **İşletme Gerekleri**, s.40; Başbuğ, **a.g.e.**, s. 59.

⁸⁸Kar, **İş Güvencesi**, s.110 vd.

İşverence verilen işletmesel kararlar, işyerinin içinden yahut dışından kaynaklı sebeplere dayalı olarak alınabilmektedir. İşyeri içine yönelik kararlar çoğunlukla, işletmede yapısal değişikliğe gidilmesi veya işyerinin organizasyonel olarak farklılaşması sonucunu doğuran kararlardır. Bu kararlar neticesinde genellikle işgücü fazlası ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde işverence işçilerin işten çıkarılması amacıyla feshe gidilir. Yargıtay, bu kararları tanımlarken içtihatlarında “kurucu karar” kavramına yer vermektedir⁸⁹. Halbuki, yapısal değişikliğe neden olan her karar, kurucu karar niteliğinde olmayabilir. Nitekim, işyeri içinden ve dışından kaynaklanan nedenlerin bir araya toplanarak, işvereni işletmesel karar almaya zorlaması da mümkündür. Örnek olarak, ekonomik kriz dolayısıyla bazı bölümlerin birleştirilmesi veya kapatılması durumunda, aslında ortada bir yeniden yapılanma varmış gibi gözükmesine rağmen, işletmesel kararın amacı ekonomik zorlukların olumsuz etkilerinden kaçınmaktır. Bu gibi durumlarda, işverenin geleceğe yönelik olarak verimlilik amacını sağlamak adına bir karar aldığından bahsetmek güçtür. Doktrinde, her iki karar türünün iç içe geçtiği bu gibi durumların kurucu karar olarak adlandırılmasının yanlış yönlendirmeye sebep verdiği ve bu gibi durumlarda alınan kararlara “yeniden yapılandırma ya da yapısal karar” isminin verilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir⁹⁰.

Kurucu karar – bağlı karar ayrımına getirilen bir diğer eleştiri de bu kararları alan işverenin iradesine yapılan atıf noktasında toplanmaktadır. İşverence yapısal karar alınarak işyeri organizasyonunda değişiklik yaratılması⁹¹, işveren iradesinin ön planda

⁸⁹Ulucan, **Geçerlilik Denetimi**, s.54.

⁹⁰Ulucan, **Geçerlilik Denetimi**, s.54.

⁹¹İşverenin organizasyon değişikliği yapması ve bu sebeple işgücü fazlası ortaya çıkmasının kabul edildiği güncel tarihli bir karar örneği için bkz. Yargıtay 9HD, 2018/4803 E., 2019/389 K. ve 09.1.2019 T. sayılı kararı. Karar konusu olayda özetle; “Somut uyuşmazlıkta, davacının fesih tarihinde “avukat” statüsünde olduğu, iş sözleşmesinin, fon kurulu kararı gereğince Bankanın faaliyetlerinin 18.7.2016 tarihi itibarıyla geçici olarak durdurulduğu bu nedenle iş sözleşmesinin İş Kanunu’nun 17 ve 18. maddesi gereğince feshedildiği görülmüştür. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun 29.05.2015 tarihli ve 6318 sayılı kararı ile, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında, ... Bankası A.Ş. ile ilgili olarak yapılan denetlemeler neticesinde, bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla, kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla, 5411 sayılı Kanun’un 71. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi hükmü gereğince ...Sigorta Fonu’na devredilmesine karar verilmiştir. ... Bankası AŞ’nin, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimin ...Sigorta Fonu’na devredilmesi akabinde, ... tarafından görevlendirilen yönetim kurulunun, bankanın genel müdürlük ve şubelerinin yönetimi ile ilgili olarak kendi belirleyeceği kadrolar ile yönetim ve denetimi gerçekleştirebileceği, davacının avukat olması nedeniyle, yönetim kurulunun tasarrufu ile organizasyon değişikliği kapsamına girdiği, bu nedenle feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar hatalıdır.” şeklinde bir kanıya varılmıştır (www.lexpara.com).

olduğu karar olarak kabul edilirken; siparişlerde azalma, cirolarda düşme⁹², hammadde kıtlığı, ekonomik buhran kaynaklı kararlar, işverenin iradesinin ön planda olmadığı kararlar olarak kabul edilmektedir. Yargıtay bu şekilde alınan kararlarda, işverenin iradesinin ön planda olmadığı gerekçesiyle, bu kararları “bağlı karar” olarak nitelendirmektedir⁹³.

Bununla beraber, öğretide Yargıtay’ın bu sınıflandırmasının bazı durumlarda hatalı olabileceği belirtilmektedir⁹⁴. Bu gibi kararlarda her ne kadar görünürde işveren iradesi bağlı gibi gözükse de bazı durumlarda işverenlerin bu kararları tek başlarına ve özgür iradeleri ile alabilmeleri mümkün olabilmektedir. Söz gelimi, işletmenin dışından kaynaklı zorlayıcı sebepler nedeniyle alınan bazı kararlarda, işverenlerin kendilerini bu sebeplerle bağımlı görmeyerek, işyerinde daraltmaya gitmemeleri ve iş sözleşmesinin feshine başvurmamaları mümkündür⁹⁵. Yani her ekonomik kriz, işverenin iradesinin bağlı olduğu anlamına gelmemektedir. Bazı işletmeler ekonomik krizlerden kar elde ettiği gibi, diğer bazı işletmelerde krizleri fırsat olarak değerlendirebilmektedir. Her ekonomik güçlükte, işverenin iradesinin bağlandığı ve dolayısıyla işçi çıkarmanın meşru olduğu sonucuna varmak hatalı bir yaklaşımdır. İşverenlerin, özgür iradeleriyle almış bulundukları kararlarla ekonomik güçlüklerle direnerek varlıklarını sürdürebilmeleri de ihtimal dahilindedir. Böylece iş sözleşmesinin feshine gitmeyerek işçi çıkarmanın önüne geçilebilecektir. Bu

⁹²İşyeri dışından kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle işletmesel karar alınmasına yönelik güncel tarihli bir karar örneği için bkz. Yargıtay 9HD, 2016/10459 E., 2016/19687 K. ve 10.11.2016 T. sayılı kararı. Söz konusu kararda özetle; “Dosya içeriğine göre davacıya aynı tarihte tebliğ edildiği anlaşılan 10/02/2015 tarihli fesih bildiriminde fesih sebebi olarak sektörde verimlilik ve rekabet gücünün artırılması, etkinliğin sağlanması, satış ve dağılım gelişiminin sağlanması, şirketin zarar etmesi nedeni ile genel giderlerin optimize edilmesi, distribütör yönetimi ve organizasyon yapısından değişiklik yapılması gösterilmiştir. Davacı ile aynı gün aynı nedenle işten çıkartılan ve davalı şirkete karşı dava açan işçi Hakan Gezer’in mahkemece işe iadesine karar verilmiş, bu karar Dairemizin 30/05/2016 tarih ve 2015/31661 Esas, 2016/12703 Karar sayılı ilamıyla onanmıştır. Şirketin satış hacminde daralma bulunmadığı, ticareti maliyeti artış oranını dahi elimine edecek oranda satış giderlerinde nispi bir azalma bulunduğu, reorganizasyonun zarar-maliyet ilişkisine yaklaşım da strateji değişikliğinden kaynaklandığı, pazar payındaki düşüşün %0,1 düzeyinde kaldığı, davacının yaptığı göreve ihtiyacı ortadan kaldıracak mahiyette gerçek anlamda bir küçülme olmadığı, ciro düşüklüğü gibi iş düşüklüğünde azalmaya yol açacak bir neden bulunmadığı, davacının iş tecrübesi mevcut görev ve pozisyonu itibari ile iş gücü fazlalığı iddiasının varlığını kabule yeterli bir veri olmadığını ve başka bir pozisyonda görevlendirme konusunda çalışma yapıldığına dair bir delil elde edilemediği ve bu nedenlerle feshin geçerli nedenle yapılmadığı kanaatine varılmıştır. Feshin geçerli nedenle yapıldığında dair davalı savunmasına itibar etmek mümkün değildir. Mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.” sonucuna varılmıştır (www.lexpera.com).

⁹³Ulucan, **Geçerlilik Denetimi**, s.54.

⁹⁴Ulucan, **Geçerlilik Denetimi**, s.55.

⁹⁵Ulucan, **Geçerlilik Denetimi**, s.56.

nedenlerle, işletmenin dışından kaynaklanan olaylarda, “*bağlı işveren kararı*” yerine, “*girişimci kararı*” terimin kullanılması tavsiye edilmektedir⁹⁶.

Kanaatimizce kurucu işveren kararı – bağlı işveren kararı kavramlarına getirilen bu eleştiriler yerindedir. Öncelikle, yukarıda ifade edildiği üzere, bu kavramların uygulamada nasıl bir fayda getirdiği tarafımızca anlaşılamamaktadır. İşletmesel kararın yargısal denetimi esnasında, somut uyuşmazlık önüne gelen hâkim, feshe dayanak teşkil eden işletmesel kararın kurucu işveren kararı veya bağlı işveren kararı olmasına göre bir ayırım yapmamaktadır. Aşağıda yargısal denetim başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, işletmesel kararın yargısal denetiminde kullanılan ölçütler bellidir. İşveren kararı, kurucu da olsa bağlı da olsa aynı denetimden geçecektir. Bir diğer olarak, işveren kararını kurucu ve bağlı şeklinde ayırma tabi tutmak, uygulayıcılar nezdinde kafa karışıklığına yol açacak niteliktedir. Bağlı işveren kararı kavramı, sanki işverenin başkaca hiçbir şansı yokmuş ve fesih otomatik olarak son çare olmuş gibi bir algı oluşmasına müsait bir kavramdır. Bu şekildeki bir algı yargısal denetimi zayıflatacaktır. Yine böyle bir algının yerleşmesi durumunda, ekonomik olarak güçlük yaşanan her durumda işçi çıkarmanın meşru kabul edilmesi gündeme gelecektir. Halbuki ülkemizde işveren olarak kabul edilen işletmeler iktisadi açıdan çok çeşitlidir. Bazı işletmeler, ekonomik krizlerden derhal etkilenmeyecek kadar kuvvetliken, bazıları piyasa şartlarındaki en ufak dalgalanmadan dahi etkilenmektedir. Bağlı işveren kararı gibi genel bir terimin, bütün ekonomik zorluklarda ve bütün işletmeler için kullanılması faydadan çok zarar getirecek niteliktedir. Son olarak, yukarıda örnekleri verildiği üzere, kurucu işveren kararı ve bağlı işveren kararı kavramlarının sınırları net değildir. İşletme gerekleri ile yapılan fesihlerde çoğu zaman, yeniden yapılanma ve ekonomik kriz sebepleri bir arada bulunmaktadır. Fesih sebeplerinin toplanması durumunda alınan işletmesel kararın sınıflandırmasını yapmak mümkün değildir. Nitekim hangi fesih sebebinin diğerine üstün tutulacağı konusunda genel bir kriter veya yol haritası mevcut değildir.

2.5. İş Sözleşmesinin Feshine Dayanak Teşkil Eden Sebepler

Feshe dayanak teşkil eden işletmesel kararın altında her zaman somut bir sebep bulunmaktadır. İşveren işletmesini idare ederken çeşitli kaynaklara sahiptir. Bu

⁹⁶Ulucan, *Geçerlilik Denetimi*, s.57.

kaynaklar arasında en önemlileri; işletmeye dahil olan maddi varlıklar, işverenin işletmeye ilişkin öngörüsü ve işletmede istihdam edilen çalışanlardır⁹⁷. Bu kaynaklar zaman geçtikçe değişecek veya eskiyecektir. İşletmeye ait fiziki değerlerle, parasal değerlerden oluşan nakitte veya kredilerde ortaya çıkabilecek farklılıklar, üretim süreçlerini direkt olarak etkileyecektir⁹⁸. Bir kaynaktaki değişim diğer kaynağı da değiştirmektedir.

Gerçekten, işverenlerce yönetimleri altındaki eskimiş, bakımı gerekli tesisatlarının yenilenmesi ve piyasa içinde rekabeti geliştirebilmeleri açısından bazı kararların alınması zorunluluk arz etmektedir⁹⁹. İşveren, almış olduğu kararların yürürlüğünü sağlamakla piyasanın sürekli olarak değişiklik gösteren şartlarına uyumu yakalayabilecek ve böylelikle almış olduğu kararın sonucunda rekabetteki avantajlardan yararlanabilecektir¹⁰⁰. Kullanıldıkça üretim süreçlerinde yıpranmış ve işlevlerini yitirmiş bulunan kaynakların yenilenmesi, işçilere yönelik bazı ciddi kararların alınması sonucunu doğuracaktır.

Diğer yandan ekonomide yaşanan durgunluk, piyasanın devamlı değişiklik gösteren rekabetteki üstünlük arayışı, bilişim teknolojilerindeki değişimler ve benzeri sebepler de işletmelerde zorunlu değişikliklere yol açar¹⁰¹. İşverenin rakiplerinden soyut ve piyasa şartlarından uzaklaşmış bir bakış açısına sahip olması iktisadi olarak gerilemesine yol açacaktır. Değişen koşullara ayak uydurmaya çalışan işverenler, organizasyonel olarak yenilenmek durumunda kalmaktadırlar. Bu hallerde, iş akitleri sonlandırılmakta, işçilerin statüleri ve ücretlerinde kayıplar görülmekte ve işçinin sosyal açıdan etkilenmesine yol açan bir süreç yaşanmaktadır. Bu şekilde bir değerlendirme yapıldığında, çalışma ilişkilerinde rekabete dayanan piyasanın şartları bakımından esneklik yaratılması, iş güvencesinin amaçladığı avantajlarda ciddi azalmalara neden olmaktadır¹⁰². İş güvencesini zayıflatmasına rağmen, işletme sürekliliğini sağlamak adına işverenler, gerektiğinde işletmesel karar alarak işçileri çıkarma yetkisini ellerinde bulundurmaktadırlar¹⁰³. İşletmenin, işyerinin veya işin

⁹⁷Keser, **Yargıtay Kararı İncelenmesi**, s.238.

⁹⁸Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 102 vd.

⁹⁹Keser, **Yargıtay Kararı İncelenmesi**, s.236.

¹⁰⁰Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰¹Aktuğ, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁰²Engin, **İşletme Gereklere**, s. 32.

¹⁰³Yargıtay 7HD, 2015/20434 E., 2015/21977 K. ve 10.11.2015 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

gereklerine dayanılarak yapılan bu fesihlerin geçerli neden teşkil edip etmediği ise yargısal denetim ile ortaya çıkarılacaktır¹⁰⁴.

İşletme gerekleri ile yapılan feshe ilişkin Yargıtay uygulaması incelendiğinde, işletmesel kararların arkasında çok çeşitli sebeplerin yattığı görülmektedir. Bu sebepler; “taleplerde ve siparişlerde azalma”¹⁰⁵, “değişen piyasa koşullarına uyum ve verimliliği artırma”¹⁰⁶, “ekonomik durgunluk ve gerileme”¹⁰⁷, “iş kolunun kapatılması”¹⁰⁸, “zaman içerisinde aşırı istihdam yapılması”¹⁰⁹, “tasarruf tedbirleri”¹¹⁰, “yeni teknoloji kullanma ihtiyacı”¹¹¹, “değişen piyasa koşullarına ve rekabet ayak uydurma”¹¹², “kullanılan makinelerin yenilenmesi”¹¹³, “şirket birleşmesi”¹¹⁴, “küçülme ihtiyacı”¹¹⁵, “yurtdışı kaynaklı yeniden yapılanma”¹¹⁶, “faaliyet alanının daralması”¹¹⁷ şeklinde belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, feshe yönelik işletmesel kararın arkasında yatan neden çok çeşitlidir. Bu sebepler, yargısal denetim sırasında tutarlı olup olmadıkları incelenecek yegâne unsurdur. Bu bakımdan her bir sebebin ayrı ayrı ele alınması ve anlamlarının ortaya konması çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Çalışmamızın devamında işletme gerekleri ile feshe yol açan nedenler, çeşitli şekillerde gruplandırılacak ve her bir nedenin sınırları ayrı ayrı çizilmeye gayret edilecektir.

2.5.1 İşyeri İçinden Kaynaklanan Sebeplerle İş Sözleşmesinin Feshi

2.5.1.1. Genel Olarak

İK m. 18’de işletme gerekleri ile fesihten bahsedilmiş ancak bu fesih sebeplerine dair herhangi bir açıklama getirilmemiştir. İK m. 18 gerekçesi

¹⁰⁴Yarg. 22HD., 2017/44870 E., 2017/30216 K. ve 20.12.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁰⁵Yarg. 9HD, 2018/1958 E., 2018/6832 K. ve 28.03.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁰⁶Yarg. 22HD, 2012/30124 E., 2013/1534 K. ve 01.02.2013 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁰⁷Yarg. 9HD, 2019/3415 E., 2019/8999 K. ve 17.04.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁰⁸Yarg. 22HD, 2014/6149 E., 2014/6867 K. ve 21.03.2014 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁰⁹Yarg. 22HD, 2017/41933 E., 2017/24542 K. ve 09.11.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹⁰Yarg. 22HD, 2019/7909 E., 2019/22315 K. ve 03.12.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹¹Yarg. 9HD, 2016/22679 E., 2017/14619 K. ve 02.10.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹²Yarg. 22HD, 2015/11897 E., 2015/15959 K. ve 04.05.2015 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹³Yarg. HGK., 2015/1964 E., 2015/1848 K. ve 30.09.2015 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹⁴Yarg. 22HD, 2019/4542 E., 2019/13578 K. ve 20.06.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹⁵Yarg. 9HD, 2017/14978 E., 2017/6457 K. ve 13.04.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹⁶Yarg. 9HD, 2017/25183 E., 2017/15278 K. ve 10.10.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹¹⁷Yarg. 9HD, 2016/29522 E., 2017/19026 K. ve 27.11.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

incelendiğinde, işletme gerekleri ile feshe dair daha detaylı açıklamaların yer aldığı görülmektedir. Madde gerekçesi söz konusu fesih türünü, öncelikle işyeri içinden ve işyeri dışından kaynaklanan sebepler olmak üzere iki ana gruba ayırmıştır. İK m. 18'in gerekçesinde; “(...) *yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler*” işyerinin içinden kaynaklanan sebepler olarak sayılmıştır. Gerekçede sayılan bu sebeplerin örnek olarak verildiği belirtilmektedir¹¹⁸.

İşyeri içinden kaynaklanan nedenlerde, genel itibariyle işverence işletmenin yönetimine ilişkin politika değişikliğine gidilmesi söz konusudur. İşveren, işletmeye olan bakış açısını değiştirerek yeni politikasını gerçekleştirmek amacıyla organizasyonel değişiklikler yapmaktadır¹¹⁹. Bu değişiklikler sebebiyle işyerinde iş gücü fazlası ortaya çıkmaktadır. Bazı durumlarda işgücü fazlasının ortaya çıkması ve böylelikle çalışan sayısında azalmaya gidilerek maliyetin düşürülmesi asıl amaç dahi olabilmektedir. Ekonomik zorluklardan kaçınmak amacıyla yapılan organizasyon değişikliklerinde durum böyledir¹²⁰. Doktrinde işyeri içinden kaynaklanan fesih sebeplerine uygulamadan örnekler olarak; işletmenin yeniden organize edilmesi, teknoloji alanındaki yenilikler nedeniyle stoklarda yer alan ürünlerin bakımları ve işleme işine bakan çalışanlara ihtiyaç kalmaması, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen işletmenin devredilmesinin ardından tasfiyesinin yapıldığı sırada banka işçilerinin iş akitlerinin sonlandırılmak durumunda kalınması gibi çeşitli durumlar verilmektedir¹²¹.

İşyeri içinden kaynaklanan sebeplerle fesih hallerinde, işverence alınan önlemler ve bunların iş akitleri sonlandırılan işçiye ne şekilde tesir ettiği açıkça belirtilmelidir. Bununla beraber alınan tedbirlerin amaca uygunlukları ve yerindelikleri bakımından gerekçe sunulması gerekmemektedir¹²². İşletmenin içinden kaynaklı nedenlerle fesih hallerinde mahkemelerce göz önünde bulundurulacak durum, işverence alınan işletmesel kararın fiilen uygulanıp uygulanmadığı ve çalışanın

¹¹⁸Polat, a.g.e., 105 vd.

¹¹⁹Kar, **İş Güvencesi**, s. 396.

¹²⁰Kar, **İş Güvencesi**, s. 396; Keser, Yargıtay Kararı İncelenmesi, s. 294.

¹²¹Ercan Akyiğit, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007 ("Türk İş Hukukunda İş Güvencesi"), s. 270; Keser, Yargıtay Kararı İncelenmesi, s. 109.

¹²²Kar, **İş Güvencesi**, s. 396.

işyerinde çalışmasına olanak kalıp kalmadığının belirlenmesidir¹²³. Burada önemli olan husus, iş akdi feshedilen işçinin çalışmasına devamlı suretle ve kesin şekilde olanak kalmamış olması gerekliliğidir.

İK m. 20/2 uyarınca feshin geçerli nedenle gerçekleştirdiğini ispatlamakla mükellef olan işverendir. İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebine dayanılarak yapılan fesihlerde, işverence bu yükümlülük ifa edilirken genel olarak şunların gözetilmesi gerekmektedir;

- Fesihte biçim şartlarının olup olmadığı,
- Feshe yönelik alınan bir işletmesel karar olup olmadığı¹²⁴,
- Alınan kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı,
- Feshe gitmekte kaçınılmazlık bulunup bulunmadığı¹²⁵.

Aldığı işletmesel kararı amaç ve içerik yönüyle özgürce belirleyebilecek olan işverenin, bu kararının neticesinde meydana gelebilecek işçi sayısındaki fazlalığın giderilmesine yönelik yapacağı fesihlere karşı, işçiler tarafından işe iade davası açılması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere, işletme gerekleri ile fesihte, işçinin feshe müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla, işçinin keyfi fesihlere karşı korunmasının tek yolu işe iade davası açmasıdır¹²⁶.

İşyeri içinden kaynaklı fesihlerde, işverenin yukarıda anlatılan bu ispat faaliyetini yapması daha da önem arz etmektedir. İşyeri dışından kaynaklanan sebeplerde, mahkemenin de somut durumdan haberdar olma ihtimali bulunmaktadır. Nitekim ekonomik kriz gibi durumlar ülke gündeminde popüler ve herkese yansıyan olaylardır. Bununla beraber, işyeri içinden kaynaklanan sebeplerin varlığı halinde, bu sebepler daha çok işverenin planına dayanmaktadır. Örnek olarak, bir bölümü kapatan veya iki bölümü birleştiren işveren, bu davranışı neden gerçekleştirdiğini en iyi bilebilecek kişidir. Bu sebeple de işletmesel kararını gerekçeli olarak almalı ve mahkemede ispat faaliyeti yürütmelidir.

¹²³Polat, **a.g.e.**, s. 104.

¹²⁴Keser, **Yargıtay Kararı İncelenmesi**, s. 294.

¹²⁵Yarg. 22HD, 2015/466 E., 2015/1140 K. ve 26.01.2015 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹²⁶Mustafa Alp, “Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? “, S.2, **Legal YKİ**, 2006, s. 141-158, s. 155.

2.5.1.2. İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesi

İK m.2 uyarınca; “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur”. Görüldüğü üzere, alt işverenlik doğrudan iş kanununda düzenlenen ve işverene işyerinde yürüttüğü bazı işlerde, bir başka işverenden destek almasını sağlayan alternatif bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁷. İşverenler, işyerinde yürütülen asıl işin teknolojik gerekçelerle uzmanlık gerektiren bir kısmını veya bu işe yardımcı işleri bir alt işverene devrederek kendi organizasyonlarını yeniden düzenleyebilir¹²⁸. Bu düzenleme neticesinde, işyerinde eskiden beri bu işleri gören işçilerin bakımından bir işgücü fazlası ortaya çıkacaktır. İşte bu durumda alt işveren tesisi, işletme gerekleri ile feshe yol açan bir sebep olarak karşımıza çıkar.

İşletmelerde maliyetlerin azaltılması ve istihdama yönelik esnekliğe kavuşulması istekleri, çalışma yöntemlerinde değişiklik yapmayı zorunlu kılmış ve bu sebeple alt işveren tayin edilmesi yoluyla işgücü dışarıdan sağlanmaya başlamıştır¹²⁹. Alt işverenlik, işgücü tasarrufunun sağlanabilmesi ve maliyetlerin düşürülmesini sağlamakta ve bir mal veya hizmetin üretimi için gerekli olan her iş alanında ayrıca tam zamanlı işçi istihdam edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. İşverenler açısından alt işverenliğin iktisadi bir kolaylık sağladığı belirtilmektedir¹³⁰. Aynı şekilde üretim aşamasında, asıl işin bazı parçalarının ayrılarak, alanında uzman kişilere verilmesi, üretimi de hızlandırmaktadır¹³¹.

¹²⁷Sarper Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S: 25, 2010, (“Alt İşverenliğin Kurulması”) s. 13.

¹²⁸İbrahim Subaşı, “İş Hukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2011, s. 126.

¹²⁹Süzek, **Alt İşverenliğin Kurulması**, s. 20.

¹³⁰Polat Soyer, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Alt İşveren-Asıl İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, **Sicil Hukuk Dergisi**, I, Mart 2006 (“Alt İşverenlik”), s.16.

¹³¹Soyer, **Alt İşverenlik**, s.16

Alt işverenliğin işyerinin başından itibaren kurulması durumunda bir fesih sebebi olarak karşımıza çıkması mümkün değildir. Bununla beraber, işverence alt işverene devredilen işler için halihazırda işçi istihdam edilmişse, bu takdirde alt işverenlik tesis edilmesi bir işletme gerekleriyle fesih sebebi olarak karşımıza çıkabilir.

Alt işverenliğin, işletme gerekleri ile feshe yol açabileceği Yargıtay kararları ile de kabul edilmiş bir durumdur. Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında; “(...) *davalı alt işveren X Medikal Sağlık Turizm A.Ş tarafından, diğer davalı Y TAŞ. ile akdedilen 02/05/2013 tarihli Sağlık Hizmeti Alım Sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak Z Şubesi'nin kapatılması ve bu sözleşme kapsamında çalıştırılan ve Ereğli'de ikamet eden davacının başka bir pozisyonda veya şubede çalıştırılma imkanının olmaması gerekçesiyle iş akdinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona erdirilmesi nedeniyle davalı alt işveren şirkette istihdam fazlalığının ortaya çıkması kaçınılmaz olup yargısal denetimin sadece feshin son çare olması ilkesi kapsamında yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona erdiği tarihte davalı alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı ve davacının bu işyerlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığının belirlenmesi söz konusu ilkenin uygulanması noktasında önem arz etmektedir. Yapılacak iş, davalı alt işveren 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 hizmet alım sözleşmesinin 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.*”¹³² şeklindeki içtihadıyla kanuni şartlarının bulunması halinde asıl- alt işverenlik ilişkisinin işletmesel karar bağlamında yapılan fesihte geçerli bir neden olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir¹³³.

Alt işverenliğin işletme gerekleri ile feshe yol açması durumunda dikkat edilmesi gereken ilk husus ortada gerçekten geçerli bir alt işverenliğin bulunup

¹³²Yarg. 22HD, 2018/1548 E., 2018/9850 K. ve 26.04.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹³³Yarg. 9HD, 2020/3141 E., 2020/11157 K. ve 08.10.2020 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

bulunmadığıdır. İK m.2’ de alt işverenlik tanımı yapıldıktan sonra, alt işverenliğin geçerli olabilmesi için çeşitli kriterlere yer verilmiştir. Buna göre bir alt işverenlik ilişkisinin geçerli şekilde kurulabilmesi için; iş yerinde işçi çalıştıran asıl bir işverenin varlığı, asıl işverenden alınan işin, asıl işin bir bölümü ya da mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı bir iş ya da özel uzmanlık gerektiren bir iş olması, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması, işi alan kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılmamış olması ve alt işverenin işçilerinin sadece o işyerine özgülenmesi gerekmektedir¹³⁴. Bu şartların bulunmaması durumunda kanun muvazaalı bir alt işverenlikten bahsetmekte ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkiyi geçersiz saymaktadır. Bu durum İK m.2’de; *“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”* denilmek suretiyle ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için İş Kanunu’nda çeşitli şartlar aranmaktadır. Mahkemece, işyerindeki bazı işlerin alt işverene verilmesi sebebiyle yapılan bir fesih incelenirken önce bu kanuni şartların varlığı kontrol edilecektir. Bu şartların bulunmaması durumunda, ortada bir işgücü fazlasının olduğundan¹³⁵ ve dolayısıyla geçerli bir fesihten bahsedilmesi mümkün olmayacaktır¹³⁶.

İşverenin alacağı işletmesel karara dayalı olarak yapacağı fesihlerin, geçerli olarak kabul edilip edilmemesinin, asıl- alt işverenlik uygulamasında önemli görünüşleri bulunmaktadır¹³⁷. İşyerinde yapılan birtakım işler için asıl- alt işveren ilişkisi kurulduğunda bu ilişkinin işletmenin gerekleri bakımından geçerli feshe dayanak alınabilmesi, ilişkinin yasada belirtilen koşullara uygun olarak kurulmuş olması koşuluna bağlı olmaktadır¹³⁸. Diğer bir deyişle asıl- alt işverenlik ilişkisinin

¹³⁴Şartlar için bkz. 27010 sayılı ve 27.09.2008 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 4.

¹³⁵Yarg. 9HD, 2020/1009 E., 2020/4451 K. ve 01.06.2020 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹³⁶Yarg. 22HD, 2020/2536 E. 2020/8635 K. 02.7.2020 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹³⁷Yarg. 22HD, 2020/822 E., 2020/3817 K. ve 27.02.2020 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹³⁸Yarg. 9HD, 2018/6135 E., 2020/2525 K., 19.02.2020 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

yasal olarak geçerli ve muvazaalı olmaması durumunda, geçerli bir neden olarak kabulü mümkün olacaktır¹³⁹.

Alt işverenliğin muvazaalı kabul edilmesi, feshin de geçersiz olarak yapıldığı anlamına gelecektir ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. Bu şekilde yapılan bir fesih yalnızca işçinin işe iadesi sonucu doğurmayacak, işçinin işçilik haklarına ilişkin de önemli sonuçlar doğuracaktır. Geçersiz olduğu tespit edilen bir fesih ile ortaya çıkan kıdem, ihbar ve yıllık ücretli izne ilişkin alacakların, kanuni koşullarının oluşmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bununla beraber, süresinin bitmesinin ardından alt işveren tarafından çalışanın sözleşmesinin feshi durumunda yapılmış olan bildirimle iş ilişkisi bitmiş kabul edilecektir¹⁴¹. İş ilişkisinin bitmesinin ardından işçinin yeni alt işverenle birlikte yapmış olduğu çalışmalar, yeni bir iş akdi niteliğinde kabul edilmektedir¹⁴². Bu nedenle, işçilik alacakları nedeniyle en son birlikte çalışmış olan asıl – alt işverenlerin sorumluluklarının müşterek olduğu kabul edilmektedir¹⁴³. Yargıtay, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaa bulunmadığı müddetçe, çalışanın asıl işverenin işine ve iş yerine iadesinin yapılamayacağını belirtmektedir. Muvazaaya dayanan asıl işveren - alt işverenlik ilişkisi nedeniyle ise, işçinin hakları bakımından işverenlerin ikisinin de sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁴⁴.

2.5.1.3. Yeniden Yapılanma ve Organizasyon Değişikliği

İşletme gerekler ile feshin arkasında yatan nedenler izah edilirken ifade edildiği üzere, işverence verimliliğin artırılması ve rekabet gücünün sağlanabilmesi amacıyla reorganizasyona gidilerek işletmesi kapsamında bazı değişikliklerin yapılması mümkündür. Bu durum büyük işletmelerin bölünmesi, bölüm veya işyeri kapatması şeklinde olabileceği gibi küçük işletmelerin kendilerini büyütmek için yeniden yapılanma kararı vermesi şeklinde de olabilir¹⁴⁵.

¹³⁹Yarg. 22HD, 2019/9006 E., 2020/499 K. 16.01.2020 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴⁰Yarg. 9HD, 2019/7341 E. 2019/20326 K. 19.11.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴¹Yarg. 9HD, 2019/2422 E. 2019/17903 K. ve 10.10.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴²Yarg. 22HD, 2019/5666 E., 2019/16757 K. ve 19.09.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴³Yarg. 22HD, 2019/3314 E., 2019/9926 K. ve 07.05.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴⁴Sarper Süzek, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:27, 2010, (“Muvazaalı Alt İşverenlik”), s. 941.

¹⁴⁵Kar, **İş Güvencesi**, s. 398; Keser, **Yargıtay Kararının İncelenmesi**, s. 300. Gürsel, **a.g.e.**, s. 213.

Yapılan bu organizasyon değişikliklerinin işgücü fazlası ortaya çıkarması kuvvetle muhtemeldir. Hatta bazı durumlarda, yeniden yapılanmanın temel sebebi işgücü fazlası ortaya çıkararak maliyeti düşürmektir. En çok görülen reorganizasyon biçimleri, işletmeye ait bazı işyerlerinin kapanması veya birleştirilmesidir. İşyerinin bütün halinde kapatılması da temel de bir organizasyon değişikliğidir.

İşverence kimi hallerde işyerinin faaliyetinin durdurulup kapanmasına karar verilebilir. İşverenler, işletmesel karar alma özgürlükleri kapsamında kâr etmelerine karşın işyeri faaliyetlerinin durdurarak işyerini kapatabilmektedirler¹⁴⁶. Amaç daha fazla kar elde edilecek yeni bir alana geçilmesi veya farklı bir iş kolunun denenmesi yönündeki istek olabilir. Bu durumun işletme gerekleri ile feshe dayanak teşkil etmesi mümkündür. Bununla beraber, iş hukuku kapsamında işyerinin kapatılmasına dayalı olarak iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshinden söz edilebilmesi için, işyerinin kapatılmasının süreklilik arz etmesi gerekmektedir. İşveren, işyerini kapattığında ve faaliyetlerini durdurduğunda işyeri gerekleri nedeniyle ortaya çıkan bir neden oluşmaktadır¹⁴⁷. Süreklilik göstermeyen veyahut muvazaaya dayanan kapatmalardan dolayı başvuru fesihler geçerli fesih olarak görülmeyecektir. Uygulamada özellikle, küçük işletmelerde, iflas, ekonomik zorluk gibi gerekçeler bahane edilerek, yalnızca işçi çıkarmak maksadıyla muvazaalı işyeri kapatmaları sıklıkla görülmektedir. İşyerinin muvazaaya dayanan bir şekilde kapatıldığı yahut faaliyetlerinin durdurulduğu hallerde hukuka uygun bir fesihten söz edilemez. Bu durumun kontrolü, tutarlılık denetimi ile sağlanacaktır¹⁴⁸. Yargıtay ‘ın da konu hakkındaki uygulaması bu doğrultudadır¹⁴⁹.

Yüksek Mahkeme, işverenin işyeri kapatmaya yönelik kararında özgür olduğunu ifade etmekte, bununla beraber kimi hallerde işyeri kapatılması dolayısıyla işçi çıkarılmasının iş gereklerinden sayılıp sayılmadığının tespitini talep etmektedir¹⁵⁰. Yargıtay işyeri kapatılmasının yahut faaliyetlerinin durdurulmasının muvazaaya dayanması durumunda, bunun sonucunda başvuru fesih geçerli nedene

¹⁴⁶Yarg. 9HD, 2018/5898 E., 2019/3933 K. ve 18.02.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴⁷Yarg. 7HD., 2015/37443 E., 2016/2763 K. ve 11.02.2016 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁴⁸Sarper Süzek, “İşyerinin Kurulması, Faaliyetinin Durdurulması ve Kapatılması”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul, 2001, (“İşyerinin Kapatılması”), s. 1341.

¹⁴⁹Yarg. 9HD, 2019/2005 E., 2019/16537 K. ve 23.09.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁵⁰Süzek, *İşyerinin Kapatılması*, s. 1340.

dayanmamış olduğunu oldukça sıklıkla ifade etmektedir¹⁵¹. Gerçekten Yargıtay süreklilik arz eden kararlarında¹⁵² konuyla ilgili olarak; “İşyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması durumunda, bunun doğal sonucu gerçekleşen feshin sendikal nedene dayandığı iddiasının araştırılması ve kabulü muhakkak ki ayrı bir önem taşımaktadır. Kuşkusuz işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulmasının gerçek ve sürekli olup olmadığı, diğer bir anlatımla muvazaalı veya geçici nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti mahkemece ortaya konulması gereken en önemli konudur. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemez. Gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması durumlarında, işverenin ancak başka bir işyerinin bulunmaması veya işçiyi başka bir işyerinde çalıştırma imkânının olmaması halinde geçerli bir fesihten bahsedilebilecektir.” şeklinde karar vermektedir. Yargıtay işyeri kapanmasına ilişkin muvazaa iddialarının, “mali müşavir, hukukçu ve insan kaynakları”¹⁵³ uzmanlarının oluşturduğu üç kişiden oluşan bir heyet marifetiyle yapılan keşfin ve bilirkişi incelemesinin neticesinde tespit edilmesi gerektiği kanaatindedir¹⁵⁴.

Bir işyerinde yeniden yapılanmaya gidilmesi, bazı bölümlerin kapatılması veya birleştirilmesi, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirecek bir neden değildir¹⁵⁵. Uygulamada bazı işverenler nezdinde, özellikle bazı bölümlerin tamamen kapatıldığı hallerde, işçinin iş sözleşmesinin eşyanın tabiatı gereği sona erdiği inancının hâkim olduğu görülmektedir. Hâlbuki bütün bir işletme kapatılsa dahi, işverence İK m. 17’de öngörülen bildirim sürelerine uygun olarak, işçilere feshe yönelik ihbarda bulunulmalıdır¹⁵⁶. Yapılacak olan yazılı fesih ihbarı, işletme gerekleri ile yapılan feshin yargısal denetiminde önem arz edecektir.

Yeniden yapılanmanın söz konusu olduğu bazı durumlarda, toplu işçi çıkarmanın da gündeme gelmesi mümkündür. Bu şekilde çok sayıda işçi çıkarılması

¹⁵¹Süzek, **İşyerinin Kapatılması**, s. 1346.

¹⁵²Yarg. 9HD, 2014/13408 E. 2014/15428 K. ve 12.05.2014 T. sayılı kararı (www.lexpara.com). Yüksek Mahkemenin benzer karları için bkz. Yarg. 9HD, 2014/13413 E., 2014/15433 K. ve 12.5.2014 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2014/11357 E., 2014/15407 K. ve 12.05.2014 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2014/11358 E. 2014/15408 K. ve 12.05.2014 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁵³Yarg. 9HD, 2018/2479 E. 2019/7679 K. 03.4.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁵⁴Yarg. 22HD, 2019/4542 E., 2019/13578 K. ve 20.06.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁵⁵Yarg. 9HD, 2018/1624 E., 2018/20562 K. ve 14.11.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁵⁶Süzek, **İşyerinin Kapatılması**, s. 1346.

durumunda, işverence toplu işçi çıkarmaya ilişkin İK m. 29’da yer alan düzenlemelerin de dikkate alınması gereklidir. Kanun koyucu tarafından bu durum özellikle gözetilmiş ve İK m. 29 metninde; “*ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri*” gerekliliklere atıfta bulunulmuştur.

Yeniden yapılanma ve organizasyon değişikliklerinden kaynaklanan fesihlerde yapılan denetimler; işyerinin veya ilgili bölümün kapatılması/birleştirilmesi durumunun gerçekten var olup olmadığı, durumun devamlılık arz edip etmediği ve iş sözleşmesinin feshinde geçerli nedenlere dayanılıp dayanılmadığı noktalarında toplanmaktadır¹⁵⁷. Bu kapsamda mahkemelerin üzerinde durmaları gerekli hususların şu şekilde sıralanması mümkündür¹⁵⁸;

- İş yeri veya bölüm kapatılması gibi durumlarda, bu durum gerçekten bulunup bulunmadığı¹⁵⁹,
- İş yeri kapatıldığında, işverence farklı bir işyeri bünyesinde çalışanların istihdam edilmesinin mümkün olup olmadığı¹⁶⁰,
- İşverenin aldığı bu işletmesel kararın uygulanmasının tutarlı olarak tatbik edilip edilmediği, bilhassa fesih sonrasında işyerinde yeni işçilerin istihdam edilip edilmediği, feshe son çare ilkesine uyularak gidilip gidilmediği¹⁶¹,
- İşçilerin faaliyetlerinin gösterildiği kayıt ve alt işverenlik sözleşmeleriyle alt işverenin işçilerinin faaliyetlerinin gösterildiği evrakların mevcut olup olmadığı¹⁶²,
- Fesihte sendikalaşma hareketlerine dayanılıp dayanılmadığı¹⁶³,

¹⁵⁷Yarg. 9HD, 2017/20127 E., 2017/8662 K. ve 23.05.2017 23.05.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁵⁸Benzer bir sırlama için bkz. Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 120 vd.

¹⁵⁹Yarg. 9HD., 2018/1473 E., 2018/20133 K. 08.11.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁶⁰Yarg. 9HD., 2018/7535 E., 2018/17709 K. ve 08.10.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁶¹Yarg. 22HD., 2018/9129 E., 2018/19345 K. ve 20.09.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁶²Yarg. 9HD., 2021/961 E., 2021/5954 K. ve 11.03.2021, T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁶³Ayrıntılı bilgi için bkz; İbrahim Subaşı, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Toplu İş Sözleşmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C:20, S:1, 2014, s. 598 vd.

- Toplu iş veyahut bireysel iş sözleşmeleri kapsamında, işverence işten çıkarılmalarına karar verilen çalışanların belirlenmesinde bağlayıcı bir normun olup olmadığı¹⁶⁴,
- İşletmesel karara dayanılarak yapılan feshin tutarlılığına, gerekliliğine, keyfililiğine ve ölçülülüğüne yönelik denetiminin yapılıp yapılmadığı¹⁶⁵.

2.5.1.4. Birleşme ve/veya Devralma

Şirket (veya işletme) birleşme veya devralmaları günümüzde işverenler tarafından sıklıkla kullanılan iktisadi yöntemler arasındadır. Bu kapsamda, büyük şirketler tarafından, iktisadi olarak daha küçük şirketler devralınmakta veya çeşitli üretim araçlarına sahip şirketler arasında güç birliği yapılmaktadır¹⁶⁶. Bu şekilde, işletmelerin birleşmesinden dolayı meydana çıkacak yeni organizasyon şemasında birtakım birimler bulunmayabilecek, bazıları kapanabilecek, kadrolar ortadan kalkabilecek, bazı birimlerin aynı çatı altında toplanması mümkün olacaktır. Bu hallerde istihdam fazlalığının ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir¹⁶⁷.

Birleşme veya devirlerin ardından kurulan yeni iş yerinde istihdam fazlasının olduğu hallerde, işverenlerin çalışanlarının iş sözleşmesinin feshine yönelik işletmesel karar alabilmeleri mümkündür. Bu şekilde yapılacak fesihlerin yargısal denetiminde dikkat edilmesi gereken ilk husus, istihdam fazlalığının gerçekten oluşup oluşmadığına ilişkin yapılan denetimdir. Bu durum tutarlılık denetimi ile ortaya çıkacaktır. Bir diğer önemli nokta ise, işletmelerin birleşmesinden dolayı işyeri bünyesinde istihdam fazlalığının gerçek olarak bulunduğu hallerde, işverence bu fazlalığın dengelenmesi adına, sözleşmesi feshedilecek çalışanların seçiminde nesnel ölçütleri göz önünde bulundurulup bulundurulmadığıdır¹⁶⁸. Konuyu bir örnekle izah

¹⁶⁴İbrahim Subaşı, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili”, **Çalışma ve Toplum**, S.:39, 2013, s. 220 vd.

¹⁶⁵Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁶⁶Fevzi Şahlanan, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekliliği İş Akdinin Feshi”, **Sicil Hukuk Dergisi**, Aralık 2006, s. 15.

¹⁶⁷Binnur Tulukcu, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekliliği ile İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil Hukuk Dergisi**, Haziran 2010, s. 136.

¹⁶⁸Yarg. 22HD, 2019/4542 E. 2019/13578 K. ve 20.06.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

etmek gerekirse; iki şirketin birleşmesi sonucunda, şirketlerin finans departmanları da birleşmektedir. İşverenlerce, bu durumda finans departmanında istihdam fazlalığı olduğu iddia edildiğinde, denetlenmesi gereken ilk durum, bu istihdam fazlalığının neden oluştuğudur. Nitekim şirket birleşmelerinde çoğu zaman şirketlerin müşteri çevreleri de birleşmektedir. Bu kapsamda, ihtiyaç duyulmayan işçilerin görevlerindeki azalmanın sebebi işveren tarafından mahkemeye açıklanmalıdır. Örnek olarak, eğer bu işgücü fazlalığının sebebi, devralan şirketteki finans elemanlarının fazla çalışma yapacak olması ise, ortada geçerli bir feshin varlığından bahsedilemeyecektir. Nitekim, feshe alternatif bir tedbir olarak öncelikle fazla çalışmaların kaldırılması yoluna gidilmelidir. İşveren tarafından işgücü fazlasının olduğu kanıtlandıktan sonra, çıkarılan işçilerin hangi kriterlere göre seçildiğine ilişkin bir çalışma yapıp yapılmadığının da ortaya konması gereklidir. Yargıtay'ın işçi seçimine ilişkin olarak ortaya koyduğu kriterler zaman içerisinde değişmektedir. Buna ilişkin ayrıntılı bilgi, yargısal denetim başlığı altında ayrıca verilecektir.

2.5.1.5. Emekliliğe Hak Kazanan İşçilerin İş Sözleşmesinin Feshi

İşverenlerin işyerinde çalışan işçilerin sayısında azalmaya gitmesi durumunda, sözleşmesi feshedilecek çalışanlar belirlenirken, emeklilikleri gelmiş işçilerin öncelikle değerlendirmeye alındığı görülmektedir¹⁶⁹. Bu sebeple, emekliliğe hak kazanmış çalışanların sözleşmelerinin feshinin oldukça fazla görülen uyuşmazlıklardan olduğu ifade edilebilir.

İK m. 18 uyarınca; “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak*” zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷⁰. Görüldüğü üzere, kanunda bir işçinin emekliliğe hak kazanması, geçerli neden olarak sayılmamıştır. Bununla birlikte, kanunun gerekçesinde emeklilik yaşına gelmiş olma işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında sayılmıştır¹⁷¹.

¹⁶⁹Yarg. 7HD, 2015/26295 E., 2015/23333 K. ve 25.11.2015 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁷⁰Yarg. 9HD, 2019/1162 E., 2019/14397 K. ve 26.06.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁷¹Açıklamalar için bkz. Yarg. 22HD, 2018/11693 E., 2018/21683 K. ve 10.10.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

Bununla birlikte, emeklilik tek başına değil, öteki nedenler ile beraber bulunması durumunda yapılacak fesihlerde dikkate alınacaktır. Yargıtay’ca da sadece emeklilik hakkının gelmiş olması nedeniyle, iş sözleşmenin feshine gidilmesi halinde bunun geçerli sebep oluşturmayacağı yönünde karar verilmektedir. Öte yandan, işyeri kapsamında personel yönetmeliğiyle yahut sözleşmeyle belli yaştan üzerindekiilerin veya emeklilikle ilgili koşulların değiştirilmesi durumunda, bu kuralın işçilerin geneline dürüstlük kuralları dahilinde tatbik edildiği durumlarda, bahse konu kuralın sözleşmelerin feshinde geçerli sebep teşkil edeceği yönünde Yargıtay kararları da mevcuttur¹⁷². Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, kanaatimizce her ne kadar personel yönetmeliği gibi bir iç dokümanda açıkça belirtilmiş olsa da emekliliğin tek başına bir geçerli sebep olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Nitekim, iş güvencesi kaynağını doğrudan kanundan alan ve Anayasa’nın çalışma hakkı başlıklı 49. maddesi ile korunan bir haktır. İşverenin tek başına düzenleyeceği, bir iç prosedür ile veya İK m. 18’in gerekçesi ile iş güvencesine istisna teşkil eden yeni bir fesih sebebinin işçiye dayatılması doğru değildir. Bu şekildeki bir iç prosedürün, emekliliği tek başına geçerli sebep haline getirebilmesi için, bu prosedürün işçi tarafından da kabul edilmesi ve iş sözleşmesinin bir parçası haline getirilmesi gerekmektedir.

Madde gerekçesinin ifadesinden emekliliğin işçinin azalan performansına yönelik bir fesih sebebi olarak düzenlendiği çıkarımının yapılması mümkündür. Durum bu şekilde kabul edilecek olursa, çalışanların verimlerinin azalmasının, konsantre düzeylerinin düşüklüğünün veya benzeri sebeplerin; işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebeplerinden sayılmaması gerektiği unutulmamalıdır¹⁷³. İşçinin işine yoğunlaşamaması ve verimliliğinin azalması gibi nedenler işçinin performansına ilişkin sebepler içerisinde ele alınmalıdır. Bu hallerde işçiye savunma yapması için olanak tanınması da gerekmektedir¹⁷⁴. İşverence, işletme gereklerine dayanılarak, emeklilikleri gelmiş çalışanlarının sözleşmelerinin vasıflı çalışana olan gereksinim bulunduğu gerekçesiyle feshi durumlarında, sadece o çalışanın iş gördüğü kadro bakımından feshin yapılıp yapılmadığının ve böylece geçerli bir neden teşkil edip etmediğinin somut olayda değerlendirilmesine gerek bulunmaktadır¹⁷⁵. Diğer bir

¹⁷²Yarg. 9HD, 2016/2538 E. 2019/7021 K. ve 27.03.2019 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁷³Yarg. 22HD, 2018/13586 E., 2019/1134 K. ve 17.01.2019, T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁷⁴Yarg. 22HD, 2017/36898 E., 2017/17576 K. ve 13.09.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁷⁵Yarg. 7HD, 2015/1966 E. 2015/1186 K. ve 10.02.2015 T sayılı kararı (www.lexpara.com).

deyişle, emeklilik sebebiyle yapılan fesihlerde, işverenin emeklilik kavramını bir performans aracı olarak mı yoksa işletmesel bir gereklilik olarak mı kullanıldığına dikkat edilmelidir¹⁷⁶.

Doktrinde de işçinin emeklilik yaşının gelmiş olmasının iş sözleşmelerinin feshi üzerindeki etkisi tartışılmaktadır¹⁷⁷. Bir görüşe göre, madde gerekçesindeki emeklilik ifadesi, işletme gerekleri ile yapılacak fesihlerde emekliliğin bir sosyal seçim kriteri olarak öngörülmesi anlamına gelmektedir¹⁷⁸. Diğer bir görüşe göre ise, emeklilik yalnızca işverenin işten çıkaracağı işçilerin seçiminde kullanabileceği objektif bir ölçüttür. İşveren bu ölçütü kullanıp kullanmakta takdir yetkisine sahiptir¹⁷⁹. Emekliliğin, iş sözleşmesinin feshinde çeşitli etkilerinin olduğu kabul edilmekle birlikte, doktrinde emekliliğin tek başına bir işletme gereği olarak kabul edilmeyeceği ve iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden teşkil etmeyeceği noktasında görüş birliği bulunmaktadır.

¹⁷⁶Konuya ilişkin olarak Yargıtay 7HD, 2015/26295 E., 2015/23333 K. ve 25.11.2015 T. sayılı kararında özetle; “ (...) işverenin davacının 55 yaşını doldurduğunu ve yasal emekliliğine hak kazanmış durumda olduğunu savunduğu, ancak davalı tarafça dosyaya sadece yazılı fesih bildiriminin sunulduğu, fesih bildiriminde “iş süreçlerinin yönetimine ilişkin yapılan değerlendirmeler sonucu süreklilik arz eden iş gücü fazlalıklarının ortaya çıktığının tespit edildiği, rasyonel iş yönetimi ilkesi gereğince, bu iş gücü fazlalıklarının tasfiye edilmesinin zorunlu olduğu, bu nedenle, uygun işgücü sayısına ulaşabilmek için fesihler yapılmasının kaçınılmaz olduğu, açıklanan nedenlerle, işin, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlere dayalı olarak iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17 ve devamı maddelerine göre yasal hakları ödenmek suretiyle 25.03.2015 tarihi itibarıyla feshine karar verildiği” yazılı olmasına rağmen fesih tarihinden önce alınan herhangi bir işletmesel karar ve dayanaklarının dosyaya sunulmadığı, mahkemece yazılan müzekkere üzerine davalı işverence, emekliliğe hak kazanıp çalışmakta olan 129, TİS'e tabi olup emekliliğe hak kazanmasına rağmen çalışan 42 işçisi olduğunu bildirdiği, ayrıca, fesih tarihi öncesine ait brüt ve net kar miktarlarının bildirildiği, keza, mahkemece SGK'ya yazılan müzekkereye istinaden fesihten önce 24.03.2014-30.03.2015 tarihleri arasında işe alınan işçileri gösterir listenin sunulduğu görülmektedir. Buna göre, mahkemece, yukarıda belirtilen ilkeler de gözetilerek davalı işyerinde fesih tarihinden önce herhangi bir işletmesel karar alınıp alınmadığı, alınmış ise işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi)nin araştırılması, bu doğrultuda SGK'dan fesih tarihinden 6 ay önce ve sonrasına ait dönem bordroları getirtilerek ve davalı işverenden sorularak işyerinde davacının çalıştığı bölüme fesih tarihinden sonra yeni işçi alınıp alınmadığı, işyerinde davacının çalışabileceği başka bir bölüm bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması, gerekirse yerinde keşif yapılarak dava konusu faaliyet alanında uzman bilirkişilerden rapor alınması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde hüküm kurmuştur (www.lexpara.com). Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme'de emeklilik gerekçe gösterilerek yapılan fesihlerde, fesih sebebinin detaylı bir denetiminin yapılarak, emekliliğin hangi bağlamda gerekçe gösterildiğinin araştırılması gerektiği kanaatindedir.

¹⁷⁷Canan Ünal, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2017, s. 281 vd (“Yaş Ayrımcılığı”).

¹⁷⁸Ulaş Baysal, “Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik”, **Sicil**, 2012, s. 28

¹⁷⁹Mustafa Alp, “Bireysel İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **TİSK**, 2009, s. 166.

2.5.1.6. Teknolojik Nedenler ve Dijitalleşme

İşletme kapsamında kullanılmakta olan teknolojiye dayalı araçların yenilenme ihtiyacı işverence yapılan fesihleri geçerli hale getirecektir¹⁸⁰. Üretime yönelik süreçlerin teknoloji alanında ortaya çıkan ilerlemeler ve tüketicilerden gelen taleplerle uyumluluklarının sağlanması, işletmeye yeni teknolojik cihazların temin edilmesi yahut eskilerinin terkedilmesi, otomasyon uygulamalarının başlatılması, bilgisayarlı sistemlerin çalışmaya başlaması ve benzeri hallerde işçilerin birtakım işlerine artık gerek bulunmamasına yol açmaktadır¹⁸¹. En çok karşılaşılan durumlardan biri, eskiden insan gücüyle yapılan bazı üretim işlerinin, makine veya otomasyon sistemlerine devredilmesidir.

İşyerine yeni teknolojilerin gelmesi, işgücüne olan ihtiyacı azaltacak bir durumdur. Nitekim çoğu zaman bu yeni teknolojilerin amacı istihdam maliyetlerinin düşürülerek karlılığın artırılmasıdır. Özellikle bilgisayar tabanlı yeni üretim araçlarının kullanılması, başta ağır sanayi olmak üzere, birçok alanda insan emeğine olan ihtiyacı azaltmıştır¹⁸². Yeni teknolojiler, insan emeğine oranla daha hızlı ve güvenilir bir üretim ağı sunmaktadır.

Son zamanlarda sıklıkla görülen bir başka durum ise dijitalleşmedir. Tüketim alışkanlıklarının değişmesi neticesinde, birçok firma eskiden olduğundan çok daha fazla şekilde, internet ortamını kullanmakta, satış ve pazarlama faaliyetlerini online olarak gerçekleştirme yoluna gitmektedir. Bu durum ise, yazılım, bilgi güvenliği gibi alanlarda çalışan işçilerin istihdam oranını artırırken, satış, pazarlama veya mağaza çalışanı gibi görevler üstlenen işçilerin istihdam alanını daraltmaktadır. Bu gibi durumlarda, dijitalleşme iş sözleşmesinin feshine neden olan güncel ve önemli bir işletme gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yeni teknolojilerin kullanılması ve dijitalleşme iş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshine olanak veren bir fesih sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebep İK m. 18 gerekçesinde sayıldığı gibi, Yargıtay tarafından da kabul

¹⁸⁰Yarg. 9HD, 2017/27097 E., 2018/4903 K. ve 12.03.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁸¹Yarg. 7HD, 2015/20864 E., 2015/20845 K. ve 28.10.2015 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁸²Can Tuncay, “Telekomünikasyon Alanında İşletme Gerekleriyle İşe Son Verme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S: 10, 2006, s. 565.

edilmektedir¹⁸³. Bununla beraber, bu fesih sebebinin mutlak bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁸⁴. Diğer bir deyişle, yeni teknolojilerin satın alındığı her ihtimalde işçi çıkarılması geçerli kabul edilmemelidir. Bu şekilde yapılan fesihlerde özellikle, son çare ilkesi kapsamında yapılan denetime dikkat edilmelidir. Konuyu birkaç örnekle açıklama gerekirse; üretim bandında çalışan bir işçinin üstlendiği görevi yapacak bir makine satın alındığında, bu değişiklik doğrudan iş sözleşmesinin feshine vücut vermemelidir. Çıkarılan işçinin üstlenebileceği alternatif iş modelleri düşünülmelidir. Örnek olarak, işçi basit bir eğitimle yeni alınan makinenin kullanımı veya kontrolünde görev alabilecekse, yeni işçi istihdamı yerine, bu işçinin oluşan yeni görevi üstlenmesi sağlanmalıdır. Diğer bir örnek olarak ise, internet sitesi veya sosyal medya platformları üzerinden satışa ağırlık veren işverenin bu sebeple satış ve pazarlama departmanlarındaki işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi doğrudan kabul edilmemelidir. Çıkarılan işçilerin, sosyal medya platformlarındaki yeni pazarlama tekniklerine uyumu konusunda işveren tarafından somut bir çaba sarf edilmelidir. Aksi turlüsünün kabulü, feshin ölçülü ve son çare olması gerekliliklerine aykırı olacaktır.

2.5.1.7. Norm Kadro Uygulaması

Norm kadro uygulaması, bir kurumun amaçlarına ulaşabilmek için yerine getirmesi gereken görev ve hizmetlere ait iş yükünün belirli tekniklere göre hesaplanması olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁵. Norm kadro uygulaması ile işverenler, iş yükü ile orantılı olarak o işletmede istihdam edilmesi gereken personel sayısını ve niteliklerini hesaplamaya çalışmaktadırlar. Norm kadro uygulamasının amacının, bir işletmede üretilen mal veya hizmetlerin sağlanmasında en verimli çalışma düzeninin bilimsel yöntemlerle yakalanması olduğu söylenmektedir¹⁸⁶.

Norm kadro uygulaması esas itibarıyla kaynağını kamu hukukundan alan bir terimdir. 5620 sayılı “*Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”¹⁸⁷

¹⁸³Tuncay, **a.g.e.**, s. 565.

¹⁸⁴Teknolojik sebeplerin geçerli neden teşkil etmediği bir örnek için bkz. Gürsel, **a.g.e.**, s. 211.

¹⁸⁵Şahin, "Verimlilik ve İstihdam", **Mercek Dergisi**, S. 48, 2007, s. 86.

¹⁸⁶Şahin, **a.g.e.**, s. 86 vd.

¹⁸⁷21.04.2007 tarih ve 26500 sayılı R.G. ile yayımlanmıştır.

kapsamında bir takım devlet kurumlarında geçici suretle çalışmakta olan işçilerin, sözleşmeli pozisyonlara yahut devamlı kadrolara geçirilmesine ilişkin şart ve yöntemler belirlenmiştir¹⁸⁸. Bahse konu kanun bir diğer fonksiyonu da belirli yaş aralığında bulunma ve emekliliğin hak edilmesi şartlarını haiz olmayan geçici işçi pozisyonundaki çalışanların, iş akitlerinin hangi şartlar altında feshedilebileceğini düzenlemektir¹⁸⁹.

Uygulamada kamu kurumlarının yanında, özellikle işçi sayısı bakımından büyük ticari şirketlerinde son yıllarda sıklıkla norm kadro çalışması yaptırdığı gözlenmektedir. Yapılan bu çalışmalar neticesinde genellikle, olması gereken işçi sayısının, mevcut işçi sayısından az olduğu kanaatine varılmaktadır. Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, kanaatimizce norm kadro uygulaması, bugün itibariyle, özel sektör bakımından çoğunlukla toplu işçi çıkarmaya bir zemin olarak kullanılmaktadır. Bunun en önemli sebebi, norm kadro çalışması yapan şirketlerin kullandıkları kriterlerin belirsizliğidir. Genellikle insan kaynakları şirketleri tarafından yapılan bu çalışmaların sonucunun güvenilirliği veya bilimsel verilere dayanıp dayanmadığının denetimini yapan bir mekanizma bulunmamaktadır. Bu durum da norm kadro çalışmalarına duyulan güveni azaltmaktadır.

Norm kadro uygulamasından sonra işverenler, işgücündeki fazlalığın dengelenmesi için işletmesel karar alarak bazı işçilerinin akitlerinin feshi yolunu tercih etmektedirler. Bu fesihler genellikle, yeniden yapılanmaya yönelik bir işletmesel karara dayandırılmaktadır.

Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, tek başına norm kadro çalışmasının yapılmış olması, işletmesel kararı yargısal denetimden muaf kılmayacaktır. İşveren tarafından işyerine yönelik yeniden yapılanmanın önemli ölçüde ve gerçekten yapılması gerekmektedir. Zira, yalnızca farazi rakamlarla ve çalışanların haklarını vermemek adına kesin verilere dayanmayan yapılanma kararları feshin geçerliliğini sağlamamaktadır¹⁹⁰. Diğer bir deyişle, işverence norm kadroyu dayanak alarak yapılan

¹⁸⁸Fevzi Şahlanan, “Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol ile Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi – Geçerli Neden”, **Tekstil İşveren Dergisi**, S: 394, 2013, s. 3.

¹⁸⁹Ulaş Baysal, "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", **Sicil**, S.28, 2012, s. 146-153.

¹⁹⁰Akyiğit, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, s. 271.

fesih işlemlerinde, yeniden yapılanma açık bir şekilde gösterilmeli, tespitler nesnel ve elle tutulur ölçütlere dayandırılmalıdır.

İşverence norm kadro uygulaması temel alınarak alınan işletmesel karar neticesinde, işgücü fazlasının oluşması durumunda işçilerin akitlerinin feshine gidildiğinde mahkemeler tarafından, ilk olarak kararın tutarlılığı¹⁹¹, daha sonra ise keyfiliği, fesihte kaçınılmazlık bulunup bulunmadığı ve ölçülülüğü denetlenecektir¹⁹². İşverence, yeniden yapılanmaya gidilmesi halinde bunun önemli ölçüde ve kalıcı olarak uygulandığı, tutarlılık denetiminden geçecek şekilde ispat edilmelidir¹⁹³. Tutarlılık denetiminden sonra ise, fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı araştırılacaktır¹⁹⁴. Bu denetimlerden sonra ise, fesihte son çare olma ilkesi¹⁹⁵ ve işyeri gereklerinin kaçınılmazlığının bulunup bulunmadığı denetimi çerçevesinde ölçülülük ve gereklilik denetimi yapılmalıdır¹⁹⁶.

Yargıtay'da yapılacak olan denetime ilişkin olarak verdiği bir kararında¹⁹⁷; *"Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar*

¹⁹¹Yarg. 9HD, 2019/7756 E., 2019/21567 K. ve 03.12.2019 T. sayılı kararında özetle "Davacının çalıştığı davalı işyerinin ekonomik zorluklar yaşadığı zarar ettiği ve bu zararın azaltılması için davalı işveren tarafından işçi azaltılması yönünde işletmesel karar alındığı davacının da bu işletmesel karar doğrultusunda işten çıkartıldığı, işten çıkarma işleminin 4857 sayılı Kanunun 19.maddesindeki usule uygun yapıldığı davacının işten çıkartılması sonrasında aynı pozisyona veya benzer bir işe başkaca işçi alınmadığı bu haliyle işletmesel kararın tutarlı uygulandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır." şeklinde karar vermiştir (www.lexpera.com).

¹⁹²Öner Eyrenci, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010**, ed: Ali Güzel, Deniz Ugan, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, ("Ölçülülük İlkesi") s.33-52, s. 48.

¹⁹³Yarg. 9HD, 2017/14972 E. 2017/6455 K. 13.04.2017 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

¹⁹⁴Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 93.

¹⁹⁵Yarg. 9HD., 2019/7757 E. 2019/21568 K. ve 03.12.2019 tarihli kararında özetle; "...her ne kadar davalı şirketlerin yürüttükleri işlerde bir azalma olduğu izlenimi oluşmakta ise de, davalı şirketin 30/12/2015 tarih ve 2015/11 karar numaralı Yönetim Kurulu kararında belirttiği şirket yapısından ve reorganizasyona giderken kapatılacak pozisyon sayısının ve işten çıkartılacak personel sayısının belirlenmesinde kastas almış olabileceği bir norm kadro çalışması yaptığının kanıtlayamadığı ve bu yönü ile fesihte keyfi davranmadığını kanıtlayamadığı, davalı şirketin feshin son çare olması ilkesi gereği gerekli çalışmaları yaptığını ve davacıyı dava dışı grup şirketlerinde çalışabileceği pozisyonlarda değerlendirmek istediğini ve bu yönü ile de feshe son çare olarak başvurduğunu kanıtlayamadığı anlaşılmıştır." şeklinde karar vermiştir (www.lexpera.com).

¹⁹⁶Eyrenci, **Ölçülülük İlkesi**, s. 48; Engin, **İşletme Gerekleri**, 93.

¹⁹⁷Yarg. 9HD, 2016/35585 E. 2018/824 K. ve 22.01.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir.” şeklinde karar vererek, yapılacak olan denetime ilişkin kanaatini benzer şekilde açıklamıştır.

2.5.2 İşyeri Dışından Kaynaklanan Nedenler

2.5.2.1. Genel Olarak

İşletme gerekleri ile yapılan fesihlerde geçerli nedenler, işyerinin yahut işletmenin içinden kaynaklanabileceği gibi, işyeri dışından da kaynaklanabilmektedir¹⁹⁸. Bu durum İK m. 18 gerekçesinde; “(...) *sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler*” şeklinde ifade edilmiştir.

Gerçekten de ekonomik kriz veya daralma, hammadde ve enerji sıkıntısı veya pazar kaybı sebeplerinin işletme bünyesinde işgücü fazlası yaratması sıklıkla görülen bir durumdur. Bu sebepler, işverenin aldığı bir karardan veya yeniden yapılanma yönündeki bir iradesinden değil, bizzat piyasanın zorlayıcı şartlarından ileri gelmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, işyeri içinden kaynaklanmayan her sebep, işyeri dışından kaynaklanan zorlayıcı sebep olarak kabul edilmelidir¹⁹⁹. Bu kapsamda, yalnızca ekonomik kriz veya daralmalar değil, pazarlamada yaşanan güçlükler, satışlarda ve sürümlerde ortaya çıkan azlıklar, hammaddeye ulaşmada yaşanan sıkıntı, kamusal kuruluşlarda harcamaların devlet bütçesinin karşılanmaması ve hatta hava durumundan kaynaklanan mücbir sebepler işyeri dışından gelen zorlayıcı sebep olarak kabul edilmelidir²⁰⁰.

İşyeri içinden kaynaklanan nedenlerde olduğu gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerin varlığı da mutlak bir fesih sebebi olarak kabul edilmemektedir. İşverence, işyeri dışından kaynaklanan nedenlere dayanıldığında, bu nedenlerin nasıl ve hangi

¹⁹⁸Tankut Centel, “İş Sözleşmesinin İşletme ve İşyeri Gereklerine Dayalı Geçerli Nedenle Feshi”, **Legal YKİ Dergisi**, Ağustos 2006, (“İşletme ve İşyeri Gerekleri”) s. 107.

¹⁹⁹Kar, **İş Güvencesi**, s. 386.

²⁰⁰Keser, **Yargıtay Kararı İncelemesi**, s. 363.

şekilde işgücü fazlası yarattığı ispat edilmelidir. Diğer bir deyişle, işveren, işe iade davası açıldığında, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerin kendisinin öne sürdüğü iddiaların kapsamı ve yoğunluğunda fiili olarak ortaya çıktığını ispat ile yükümlüdür. Örnek olarak, hammadde kıtlığı dolayısıyla üretiminin azaldığını iddia eden ve bu sebeple işçi çıkaran işveren, bu iddiasını yargısal denetime elverişli şekilde ortaya koymalıdır. İşverence, işletmenin dışından kaynaklı nedenlerle işyeri bünyesinde işçilerin sayısında azalma arasında bulunan bağlantıların açık ve net bir şekilde izah edilmesi gerekmektedir²⁰¹.

İşyeri dışından kaynaklanan nedenler ile işyeri içinden kaynaklanan nedenler çoğunlukla bir arada bulunmaktadır. Daha açık bir ifade ile, işyeri içinden kaynaklanan bir neden olan organizasyon değişikliğinin sebebi çoğu zaman, ekonomik zorlukların olumsuz etkisinden kaçınma çabasıdır. Bu halde, işyeri içinden kaynaklı yeniden yapılanma hamlesi, işyerinin sevk ve idaresi ile parasal sorunların çözümüne ve önlenmesine yöneliktir²⁰². Bu şartlar altında alınan reorganizasyon kararları, işletme gereklerine dayalı feshe yol açtığında, yapılacak olan yargısal denetimde yalnızca, reorganizasyon kararı değil, onun arkasında yatan asıl sebep olan ekonomik zorluklarda incelenmelidir.

2.5.2.2. Ekonomik Zorlayıcı Nedenler

İşyeri dışından kaynaklanan sebeplerin en bilineni ve uygulamada en sık rastlanani ekonomik zorluklardır. Bununla beraber ekonomik zorluk (veya ekonomik kriz) kavramının, İş Kanunu'nda veya başkaca bir kanunda genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Zaten bu kavramın net bir şekilde tanımlanması da mümkün değildir. Nitekim, ekonomik kriz her dönemin şartlarına ve piyasa değişkenlerine bağlı, doğası gereği muğlak bir kavramdır.

Bununla beraber çeşitli düzenlemelerde, ekonomik kriz kavramına rastlamak mümkündür. Bu tanımlardan, iş hukuku bakımından önemli olacak bir tanım, “*Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik*” m. 3’te yer almaktadır. Bu tanıma göre genel ekonomik kriz kavramı; “(...) ulusal veya uluslararası ekonomide

²⁰¹Kar, **İş Güvencesi**, s. 396.

²⁰²Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 103 vd.

ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları” ifade etmektedir²⁰³.

İK m. 18’in gerekçesinde işyeri dışından kaynaklı nedenler arasında “*ülkede yaşanan ekonomik kriz*” tabiri kullanılmıştır. Doktrinde bu tabirin kasıtlı bir tercih olduğu ve kriz halinin yalnızca bir kısım işkolları yahut sektörlerle veya bir kısım meslek gruplarına yönelik olması değil, bütün ülke çapında yaşanması zorunlu olduğu belirtilmektedir²⁰⁴. Kanaatimizce bu yorum, ekonomik kriz kavramının doğasına uygun değildir. Bazı durumlarda ülke çapına yaygın şekilde ekonomik krizin yaşandığı doğrudur. Bununla birlikte, liberal ekonomik düzende yaşanan krizlerde mutlaka karlı çıkan bazı iş kolları bulunmaktadır. Örnek olarak, küresel virüs salgını dolayısıyla bütün dünyada yaşanan ekonomik kriz durumunda dahi, sağlık ve ilaç sektörlerinin kar oranının arttığı gözlenmektedir. Bu sebeple, ekonomik krizin bütün sektörlerde aynı anda yaşanmasını şart koşturmak, ekonomik kriz temelli işletme gerekleri ile feshin önünü tamamen tıkayacaktır. Doktrinde ekonomik krizin; cirodaki düşüş, üretim kaybı, para akışındaki azalma gibi ekonomik işaretlerdeki belirgin değişimler ile ortaya konması gerektiği belirtilmektedir²⁰⁵.

Meydana gelen ekonomik krizin tek başına bir feshi geçerli kılacak geçerli neden teşkil etmesi mümkün değildir. Bu durumda, ekonomik krizin, bahse konu işletmeye direkt olarak etkide bulunması, satışların, siparişlerin ve karın azalmasına neden olması ve sonuç olarak üretimde eski durumla kıyaslandığında devamlılık sağlanamaması sonucuna varılması aranmaktadır²⁰⁶. Dolayısıyla ekonomik krizin etkisinde kalmamış olan işletmelerin, ekonomik zorlukları gerekçe göstererek işçi çıkarmalarının önü kesilmek istenmektedir²⁰⁷. Benzer olarak, ekonomik krizden dolayı salt işletmenin kâr elde edememesi, zararda bulunması, üretimlerde ve sürümlerde ortaya bazı sorunlar görülmesi gibi gerekçelerin yalnız başlarına feshi geçerli kılmayacakları ifade edilmektedir. Ekonomik zorluklar dolayısıyla iş yerinde devamlı şekilde olumsuz etkilerin bulunması ve bunların sonucunda iş yerinde istihdam

²⁰³“*Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik*”, 30.04.2011 tarihli Resmî Gazete ile yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

²⁰⁴Centel, *Ölçülülük İlkesi*, s. 107.

²⁰⁵Gürsel, *a.g.e.*, s. 209.

²⁰⁶Genç Erdem, *a.g.e.*, s. 171 vd.

²⁰⁷Genç Erdem, *a.g.e.*, s. 172.

fazlalığının ortaya çıkmış bulunması gereklidir. Bu sebeple, genel niteliği ve sürekliliği olmayan krizlerin, feshe geçerlilik kazandırmayacakları kabul edilmektedir.

2.5.2.3. Küresel Salgın

Bir salgın hastalığın toplum geneline yayılması veya buna benzer mücbir sebeplerin, bütün hukuk dallarında olduğu gibi, iş hukukunda da önemli etkileri bulunmaktadır. Özellikle 2019 yılında ortaya çıkan Koronavirüs küresel salgınının iş sözleşmeleri üzerindeki etkileri doktrinde yoğun şekilde tartışılmıştır. Küresel salgının insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olduğu kadar, iş sözleşmeleri üzerinde de bozucu etkisi vardır. Salgın hastalık sebebiyle yeni iş ilişkileri kurulamamakta, var olan iş ilişkileri bozulmakta veya bozulmasının çareleri aranmaktadır²⁰⁸.

Küresel salgının iş sözleşmelerine etkisi çok çeşitli şekillerde görülebilmektedir. Bunlardan ilk aklın gelen, salgının iş sözleşmesi kapsamındaki edimleri imkânsız hale getirmesi ve haklı sebeple feshe yol açmasıdır. Bu kapsamda işçi yönünden sağlık sebepleri ile fesih ve işveren yönünden zorlayıcı nedenlerle haklı fesih konuları gündeme gelmektedir. Yine aynı şekilde yalnızca salgının kendisi değil, salgın sebebiyle alınan sokağa çıkma yasağı, ihracat ve ithalat yasağı, karantina gibi hususlar da zorlayıcı neden kapsamında değerlendirilmektedir²⁰⁹.

Doktrinde uzun bir süre Covid-19 gibi küresel salgınının zorlayıcı neden olup olmadığı tartışılmıştır. Bununla beraber, salgının zorlayıcı neden olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalarına kanun ile son verilmiştir. 23.03.2020 tarihli ve 7226 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 41. Maddesi Covid-19 salgını hakkında; *"Yeni Koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebepler gerekçesiyle"* ifadesini kullanmış ve Covid-19 salgınının zorlayıcı bir sebep olarak kabul etmiştir²¹⁰. Kanaatimizce de bütün dünyayı etkisi altına alan ve iş ilişkilerini köklü şekilde değiştiren bu denli bir salgının zorlayıcı neden olarak kabul edilmesinde duraksama bulunmamalıdır.

²⁰⁸Murteza Aydemir, "Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi" **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 15, S:164, 2020, s. 793.

²⁰⁹Aydemir, **a.g.e.**, s. 797.

²¹⁰Aydemir, **a.g.e.**, s. 794

Yargıtay'ın mücbir sebebe bakış açısı da bu kanaati destekleyecek niteliktedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen bir kararda²¹¹; “*Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır. Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi mücbir sebebin birtakım unsurları vardır. Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşerî bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep sebebiyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülmezliktir*” şeklinde hükme varılmıştır. Görüldüğü üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da salgın hastalık durumlarını birer mücbir sebep olarak kabul etmektedir.

Salgın durumunun sözleşmeler üzerindeki bir diğer etkisi ise, salgın sebebiyle iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshedilmesidir. Söz konusu bu geçerli neden, işyeri dışından kaynaklanan zorlayıcı bir neden olarak işletme gerekleri ile fesih kavramına dahildir. İK m. 18 uyarınca, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin performansından, davranışından veya işin, işyerinin veya işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanılması gerekir. Covid-19 ve benzer küresel salgınlar, işçinin performansı veya davranışı ile ilgili değildir. Nitekim bu salgınlar dolayısıyla bozulan iş koşullarında işçinin bir iradesi veya etkisi yoktur. Bu sebeple, bu salgınlar doğurdukları ekonomik etki bakımından işletme gerekleri ile fesih sebepleri arasında sayılmaktadır. Nitekim salgından dolayı işletmelerin iş hacminde ve müşterilerinde daralmalar yaşanmakta ve gelir kaybı dolayısıyla organizasyon değişikliği zorunlu olmaktadır²¹². Küresel salgının, işletmeyi bu şekilde olumsuz olarak etkilemesi durumunda iş sözleşmesinin işyeri dışından

²¹¹Yarg. HGK, 2017/11-90 E., 2018/1259 K. ve 27.6.2018 T. sayılı kararı (www.lexpara.com).

²¹²Sabahattin Yürekli, “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı**, S:38, Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), s.34-61, s. 39.

kaynaklanan bir işletmesel sebeple feshi mümkündür²¹³. Bununa birlikte, küresel salgının geçerli neden olarak kabul edilebilmesi için bazı şartların bulunması gereklidir. Diğer bir deyişle, küresel salgın durumu tek başına iş sözleşmesinin feshinin geçerli olduğunu sonucunu doğurmayacaktır.

Covid-19 ve benzeri küresel salgınların, iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden teşkil edebilmesi için öncelikle salgının işletme üzerindeki olumsuz etkileri araştırılmalıdır. Küresel salgının iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğurması için öncelikle, ortaya çıkan fiili durumun iş sözleşmesinin feshinde bir zorunluluk yaratıp yaratmadığı ve feshin son çare olup olmadığı araştırılmalıdır. Yani, diğer fesih sebeplerinde olduğu gibi, küresel salgın durumu işyerinde objektif bir işgücü fazlası ortaya çıkarmalıdır. Bu istihdam fazlası geçici veya dönemsel bir durum değil, kalıcı ve süreklilik arz eden bir zorlayıcı neden olmalıdır. Yine işveren tarafından alternatif tedbirlere başvurulup başvurulmadığı, aynen normal dönemlerde olduğu gibi bu dönemde de araştırılacaktır. Hatta doktrinde bir adım daha ileriye gidilerek, küresel salgın dönemlerinde feshe alternatif tedbirlerin, normal dönemden çok daha ciddi ve derinlemesine araştırılması gerektiği belirtilmektedir²¹⁴. Nitekim bu gibi olağanüstü şartlarda işçinin korunmaya her zamankinden daha çok ihtiyacı bulunmaktadır.

Alternatif tedbirler bakımından, işverenlerce esnek çalışma veya evden çalışma gibi yöntemlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir²¹⁵. Bu kapsamda, öncelikle bu yöntemlerin, işletmenin kötüye giden ekonomik durumuna çare olup olmadığı araştırılmalıdır. İşletmenin ekonomik durumunun bu yöntemler ile düzeltilememesi durumunda, alternatif iş modelleri denenmeli ve kısa çalışma veya ücretsiz izin gibi daha ağır alternatif tedbirlere geçilmelidir²¹⁶. Özellikle salgından dolayı işletmede bazı bölümlerin kapatılmasına karar verilmesi veya iş hacminin küçültülmesi zorunluluğu doğması gibi durumlarda, bu olumsuz değişikliklerin sürekli olup olmadığı incelenmelidir. Eğer bu değişiklikler sürekli değilse, işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması ve ücretsiz izne çıkarılması tedbiri değerlendirilmelidir²¹⁷. İşveren

²¹³Yürekli, **a.g.e.**, s. 184 vd.

²¹⁴Aydemir, **a.g.e.**, s. 797.

²¹⁵Yasin Kulaksız, “Koronavirüs Pandemisinin Uzaktan Çalışmaya Etkisi, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S:197, Mayıs 2020, s.2.

²¹⁶Bünyamin Esen, “Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Çalışma Hayatında Dikkat Edilmesi Gereken Yükümlülükler, Haklar ve Alınması Gereken Tedbirler”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S: 196, Nisan 2020, s. 14.

²¹⁷Esen, **a.g.e.**, s. 14.

gerek alternatif tedbirlere başvururken gerekse de fesih yönünde işletmesel karar alırken iyi niyetle hareket etmelidir. Covid-19 gibi küresel salgınları fırsat bilinerek, geçerli bir neden bulunmamasına rağmen istihdam fazlası olduğundan hareketle işçi çıkarılması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir²¹⁸. Bu şekilde fesihlerin keyfilik denetiminden geçmemesi gerektiği şüphesizdir. Açılacak olan işe iade davalarında, işvereni feshe yönelten somut sebeplerin, inandırıcı deliller ile ispat edilmesi ve feshe ilişkin usullere uyulması zorunludur. İşverence, feshe ilişkin bildirim yazılı olarak çalışana iletilmesi ve salgından dolayı meydana gelen zorlayıcı nedenlerin açıkça ve net şekilde ifade edilmesi gereklidir²¹⁹.

Hem alternatif tedbirler hem de iş sözleşmesinin feshi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer konusu ise, Covid-19 pandemisi döneminde çıkarılan düzenlemelerdir²²⁰. Pandemi şartlarının etkilerinin azaltılması ve (yeni) normalde dönüş amacıyla çıkarılan 7252 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. Madde eklenmiş ve iş sözleşmesinin feshi belirli bir süre için yasaklanmıştır. Söz konusu hükme göre; *“Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir. Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrafta yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir.”* Söz konusu

²¹⁸ Aydemir, **a.g.e.**, s 798.

²¹⁹ Yürekli, **a.g.e.**, s. 39.

²²⁰ İbrahim Subaşı, “Küresel Covid-19 Salgının İş Hukukuna Etkisi”, **Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı**, Dergipark, s. 128 vd.

yasak Cumhurbaşkanı tarafından, çeşitli periyotlarla 30.06.2021 tarihine kadar uzatılmıştır.

2.5.2.4. Hammadde veya Enerji Tedarikinde Güçlük

İşyeri dışından kaynaklanabilecek bir diğer zorlayıcı neden ise, hammadde ve enerji tedarikinde güçlüklerdir. Bu tip nedenler özellikle ihracat ve ithalat yasağının söz konusu olduğu durumlarda veya küresel salgın gibi zorlayıcı nedenlerin uluslararası ticareti durdurma noktasına getirdiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde, yangın ve sel gibi doğal afetlerin enerji kıtlığına sebep olması da ihtimal dahilindedir. Bazen ise, herhangi başkaca bir nedene bağlı olmaksızın, bir tacirin üretiminin temelini oluşturan hammaddenin doğal olarak tükenmesi söz konusu olmaktadır.

Hammaddeye ulaşmada yaşanması muhtemel problemler işyerinde üretimin azalmasına yol açacak ve istihdamın etkilenmesine neden olacaktır. Devlet tarafından dış alımlara yasaklar getirilmesi veya hammaddenin ülkede karneyle dağıtılması gibi durumlar işletmenin üretim olarak geriye düşmesine yol açacaktır²²¹. Yine benzer olarak, işyeri bünyesinde üretimlerin kesintiye uğramayacak şekilde devam ettirilmesi enerjiyi dışardan almayı gerektirmektedir. Gerçekten, enerji sağlanmasını zora sokacak durumlar, üretim ve istihdamda önemli olumsuzlukları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle işyeri kapsamında meydana gelen enerjideki kısıtlılıklar, üretimleri düşürecek ve işgücünde fazlalığa neden olacaktır²²². Hammadde ve enerji tedarikindeki bu güçlüklerin, iş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshine yol açması mümkündür.

Bu fesih sebebi bakımından öncelikli olarak dikkat edilmesi gereken husus, hammadde veya enerji kıtlığının süreklilik arz edip etmediğidir. Yangın ve sel gibi doğal afetler dolayısıyla yaşanan enerji tedarik problemleri veya sınırların kapatılması dolayısıyla yaşanan hammadde sıkıntıları çok yüksek oranlarda geçici zorlayıcı sebeplerdir. Enerji hatlarındaki düzelme veya uluslararası ticaretin normale dönmesi ile bu problemler de çözüme kavuşmaktadır. Bu şekilde geçici durumların gerekçe

²²¹Genç Erdem, **a.g.e.**, s. 175.

²²²Muhittin Astarlı, “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi”, **Sicil**, Mart 2010, s. 77.

gösterilerek işçi çıkarılması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir²²³. Yine diğer fesih sebeplerinde olduğu gibi, bu fesih sebebinde de işveren tarafından alternatif tedbirlerin denenmesi gerekmektedir. İşveren, işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce feshe alternatif daha hafif tedbirleri denemelidir. Örnek olarak, işverenin hammadde tedarikinde güçlük yaşamadığı, başka bir üretim dalında faaliyet gösteren farklı bir işyeri varsa, işçinin bu işyerinde değerlendirilmesi söz konusu olabilir.

²²³Centel, **Ölçülülük İlkesi**, s. 107.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞLETME GEREKLERİ İLE FESHİN YARGISAL DENETİMİ

3.1. Yargısal Denetim Kavramı

İşverenin işletme gerekleriyle yaptığını iddia ettiği fesih işleminin mahkemeler tarafından denetlenmesi, yapılan feshin keyfi ve tutarsız olmasını önleme amacını taşımaktadır. İşletmesel karara dayanılarak yapılan fesihlerin yargısal denetimden bütünüyle istisna bırakılması, işverenlerin gerçekçi olmayan işletmesel kararlar alarak iş sözleşmelerini keyfi şekilde feshetmesinin önünü açacaktır. Böyle bir durumun, işçi ile işveren arasındaki menfaatler dengesini bozacağı ve işçinin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur. Diğer bir deyişle, işverenin alacağı işletmesel karar ve yapacağı fesih işlemi, yargısal denetimle çeşitli yönleriyle sınırlandırılmakta ve işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesi korunmaya çalışılmaktadır.

İş Kanunu’nda iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin sınırı çizilirken, işletme gerekleriyle yapılacak olan fesihlerde yargı denetiminin sınırının ne olacağına ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. İK m. 18’de yalnızca geçerli fesih nedenleri gruplama yapılmak suretiyle belirlenmiştir. Doktrinde, İK m.18’de yargı denetimine dair açık bir düzenlemenin bulunmamasının, yargı organlarının anılan fesih nedenleri üstünde herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı veya işverenin girişim özgürlüğü kapsamında keyfi şekilde işletmesel karar alabileceği anlamına gelmediği açıkça belirtilmektedir²²⁴. Nitekim bu şekildeki bir yorum, işverenlerin “verimlilik”, “teknolojik gelişmeler”, “organizasyon yapısı” gibi çoğu zaman geniş anlamlara gelen ve muğlak gerekçeleri bahane ederek, iş güvencesi hükümlerini dolanmasının önünü açacaktır²²⁵. Bu nedenle, söz konusu fesih nedenleri üzerinde etkili bir yargı denetimi yapılması, işletme gerekleriyle feshin olmazsa olmazıdır.

²²⁴Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 64; Bektaş Kar, “İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, s. 114 (“Yargısal Denetim”); Evren, **a.g.e.**, s. 185; Güzel, **Keyfilik Denetimi**, s.159-182. Bknz aynı yönde; Yücel Bodur, **a.g.e.**, s.137-167, s.142.

²²⁵Muhittin Astarlı, “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi”, **Sicil Hukuk Dergisi**, Mart 2010, s. 85 (“Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleriyle Fesih ve Kısa Çalışma”); Güzel, **Keyfilik Denetimi**, s.167.

İşletmesel kararların ve buna dayanılarak yapılan fesih işlemlerinin yargısal denetimi ile ilgili İş Kanunu'nda bir açıklama olmadığı için işletmesel kararların ve buna dayanılarak yapılan feshin, hangi kriterler nazara alınarak denetleneceği yargı içtihatları ve doktrin görüşleriyle şekillenmiştir²²⁶. Bu kriterler işverenin özgürce işletmesel karar alma özgürlüğünün sınırı oluşturur.

3.2. Yerindelik Denetimi Kavramı

Yukarıda, işletmesel karar başlığı altında ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, işverenler kendi işletmelerini kendi uygun gördüğü şekilde yönetmekte kural olarak serbesttir. Nitekim söz konusu işletmenin ekonomik ve itibari bütün riskleri işveren üzerinde toplanmıştır²²⁷. İşveren, üreteceği mal veya hizmet, üretim süresi, üretim miktarı, hizmetin kalitesi, üretim yöntemi ve işyerindeki iş bölümü gibi hususlarda girişim özgürlüğünün bir yansıması olarak serbestiye sahiptir²²⁸.

Bu özgürlüğün sonucu olarak mahkemelerce işverenin aldığı kararlar üzerinde yerindelik (piyasa şartlarına uygunluk) denetimi yapılamayacaktır. Yani işveren işletmesini nasıl daha verimli hale getireceği; hangi teknolojik yöntemleri kullanacağı, hangi departmanları açacağı veya kapatacağı, yeni bir iş yeri açıp açmayacağı, mevcut işçilerini işten çıkarma, dijitalleşme gibi çok çeşitli kararlarını serbestçe alacak ve mahkemeler işverenin bu kararları neden aldığı veya bu kararların yerinde olup olmadığını denetlemeyeceklerdi²²⁹. Diğer bir deyişle, işverenin işletmesel karar alması

²²⁶Centel, **İşletme ve İşyeri Gerekleri**, s. 52 ("İşletme ve İşyeri Gerekleri"); Savaş Taşkent, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S: 21, 2011, ("Geçerli Sebep"), s. 15-24.

²²⁷Mustafa Alp, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", **İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı: Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 91-126 ("Hizmet Akitleri"); Astarlı, **Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleriyle Fesih ve Kısa Çalışma**, s. 82;

²²⁸Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 27-69 ("Uygulama Sorunları"), s.47-48; Ebru Durmazgüler, **Kriz Dönemlerinde İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gerekleri Nedeniyle Feshi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri, s. 41.

²²⁹Bknz. Centel, **İşletme ve İşyeri Gerekleri**, s. 52; Yazara göre; işletmeler ait oldukları sektörde yaşadıkları yoğun rekabeti dikkate almak zorundadır. İleri teknoloji kullanımı gibi etmenler işletmenin rekabet gücünü yükseltir ve niteliksiz elemanların yerine daha nitelikli olanların istihdamını zorunlu kılar. Yüksek Mahkemeler bu gibi durumları, işletme gerekleri içinde mütalaa etmek zorundadırlar. Bununla beraber yargıçlar, her bir sektör için sürekli olarak değişen işletme gereklerini bilebilecek durumda değildirler. Bu sebeple uygulamada, işletme gerekleri kavramının içinin doldurulması alınan bilirkişi raporlarının insafına kalmıştır. Bknz. Aynı yönde; Akyiğit, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, s.270.

halinde, bu kararın işletme için faydalı olup olmadığı ya da işletmenin amacına uygun düşüp düşmediğinin mahkemece incelenmesi olanaklı olmayacaktır²³⁰. Nitekim, mahkemece yargısal denetim aracılığıyla, uzman olunmayan bir konuda karar verilmesi, piyasa ekonomisine müdahale niteliğini taşıma riskini barındırmaktadır²³¹.

Yargıtay'da istikrarlı şekilde verdiği karalarında; işverenin, işletmenin rizikosunu üzerinde taşıyan kişi olarak, işletmesini iktisadi ve verimlilik açısından dilediğince yönetmekte serbest olduğunu ve işletmesel kararların mahkemelerce yerindelik veya denetimine tabi tutulmaması gerektiğini her fırsatta vurgulamaktadır²³².

İşvereni işletmesel karar almaya yönelten verimlilik temelli sebeplerin veya ekonomik zorlayıcı nedenlerin niteliği de önemli kabul edilmeyecektir²³³. Kararın kendisinin yerindeliği denetim dışında olduğu gibi, işvereni kararı almaya iten saikler de denetim dışında kabul edilmelidir. Nitekim yargı mercileri tarafından, işverenin kendi işletmesi için koyduğu amaçlara veya iktisadi çekincelerine müdahale etmesi durumunda, işverenin Anayasa ile koruma altına alınan teşebbüs özgürlüğünün tam olarak hayata geçirilmesi mümkün olmayacaktır²³⁴.

Peki işletmesel karar üzerinde yapılan denetimin yerindelik denetimi olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır? İşletmesel kararın yerindelik denetimine tabi tutulmaması, şüphesiz ki yargısal denetimin alanını daraltmaktadır²³⁵. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, ekonomik kararların başarılı ya da başarısız olma

²³⁰Kar, **Yargısal Denetim**, s. 109; Ömer Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", **Mercek**, S: 28, Ekim 2002, s. 96-111 ("Uygulama Sorunları");

²³¹Gürsel, a.g.e., s. 225.

²³²**İşletmesel karar üzerinde yerindelik denetimi yapılamayacağına ilişkin Yargıtay'ın güncel tarihli kararları için bkz:** Yarg. 9HD. 2021/961 E. 2021/5954 K. 11.3.2021 T. sayılı kararı. Yarg. 9HD. 2021/2399 E. 2021/6646 K. 23.3.2021 T. sayılı kararı. Yarg. 9HD. 2020/2904 E. 2020/13592 K. 27.10.2020 T. sayılı kararı. Yarg. 9HD 2019/7263 E. 2019/19560 K. 11.11.2019 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2019/8929 E. 2019/23853 K. 19.12.2019 T. sayılı kararı. Yarg. 9HD 2019/881 E. 2019/10723 K. 13.5.2019 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2016/33010 E. 2017/4305 K. 2.3.2017 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2019/3050 E. 2019/11057 K. 16.5.2019 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2017/4323 E. 2017/4389 K. 2.3.2017 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2018/5670 E. 2018/12692 K. 22.5.2018 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2017/46684 E. 2018/3140 K. 13.2.2018 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2017/480 E. 2017/1075 K. 26.1.2017 T. sayılı kararı. Yarg. 9HD 2019/430 E. 2019/12440 K. 29.5.2019 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2018/1296 E. 2018/6970 K. 15.3.2018 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2018/9730 E. 2018/19040 K. 18.9.2018 T. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

²³³Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 62.

²³⁴Kar, **Yargısal Denetim**, s. 101-129.

²³⁵Alp, **Hizmet Akitleri**, s.97.

rizikosunu işveren üstlenmektedir. Bu rizikoyu taşıyan işverenin, işletmesinin amaç ve sınırını belirlemesi, kendi operasyonu için bizzat kendisi tarafından bir verimlilik yolu çizilmesi, teşebbüs hürriyetine dayanan liberal ekonomik düzenin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde, Yargıtay'ın, mahkemelerce yapılması veya yapılmaması gereken denetimin sınırını kullandığı ifadeler ile üstü kapalı şekilde belirlediği belirtilmektedir²³⁶. Gerçekten de yerindelik denetine ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin, yerindelik denetimi ile ilgili olarak; “amaca uygunluk”, “yararlılık” ve “işletmesel kararın amacının belirlenmesi” şeklinde ifadelere başvurduğu görülmektedir²³⁷. İşletmesel karar temel itibarıyla ekonomik verimlilik ve karlılık amacına yöneldiğinden, yüksek mahkemece de yerindelik denetimi konusu ele alınırken, sık sık işletmesel kararın “amacından” bahsedilmektedir. İşletmesel kararların yargısal denetimi yapılırken, ekonomik verimlilik olarak tespit edilen bu amaç dikkate alınacak ve alınan işletmesel kararların hatalı olup olmadığı denetlenmeyecektir²³⁸. Yani, mahkemece yapılan denetim, işletmesel kararın amacına veya başarılı olup olmadığına ilişkinse, bu denetim yerindelik denetimi olarak kabul edilecek ve bu denetime izin verilmeyecektir. Alınmış olan bu kararlar, işverenin kendi işletmesi için zararlı veya verimlilik prensiplerine aykırı olarak değerlendirilse dahi, yargı organlarınca kararın doğru olmadığı ileri sürülmeyecektir. Yapılacak denetim, aşağıda ayrıntılı olarak izah edilecek hususlarla sınırlı olacaktır²³⁹.

3.3. Tutarlılık Denetimi

İşletmesel kararın yerindeliliğinin sorgulanamayacağı hususunu yukarıda izah etmiştik. Bununla beraber, işletmesel kararın yerindeliliğinin denetlenemeyeceği, hiçbir

²³⁶Kıvrakdal, **a.g.e.**, s. 117.

²³⁷Yarg. 9HD 2019/430 E. 2019/12440 K. 29.5.2019 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2018/1296 E. 2018/6970 K. 15.3.2018 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD 2018/9730 E. 2018/19040 K. 18.9.2018 T. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

²³⁸Kar, **Yargısal Denetim**, s. 108.

²³⁹Sevde Betül Bağcı, **İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebebinin Yargısal Denetimi**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2019, s. 73 vd. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Gülsevil Alpagut, "İşletme Gerekleri ile Fesih Kavramı ve Hukuki Sonuçları", **III. Çalışma Yaşamı Kongresi: Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, 3-4 Nisan 2010 A.Ü. ATAUM Salonu Ankara**, Ankara, s. 124 ("İşletme Gerekleri ile Fesih Kavramı").

şekilde denetlenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Yargı mercileri işletmesel kararı; tutarlılık, keyfilik, ölçülülük ve son çare olma gibi çeşitli kriterleri nazara alarak denetleyeceklerdir. Nitekim işletmesel kararın hiçbir surette denetlenmemesi, sağlıklı bir çalışma hayatı için işçi ve işverenler arasında bulunması zorunlu olan menfaatler dengesini ortadan kaldıracaktır.

İşveren, tutarlılık denetiminde fesih hakkının gerçekleşmesine neden olan olayların, örnek olarak işyeri haricinden doğan sebeplerin gerçek olduğunu veya işletmesel karar almadan önce veya işletmesel kararlarla birlikte bir işgücü fazlası gerçekleştiğini, fesih kararının amacı ile çelişkili hareket etmediğini ve işçi seçiminde varsa bağlayıcı kurallara uyduğunu ispat edecektir. İspat yükü tutarlılık denetiminde işverene ait olacaktır²⁴⁰.

Diğer bir deyişle tutarlılık denetimi, işverenin aldığı işletmesel kararın gerçekliğine ve işçi çıkarmaya kadar giden bu sürecin ciddiyetine uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığına yönelik olarak yapılan bir denetimdir. Tutarlılık denetiminde işverenin yaptığı fesih, işletmesel kararlarının uygulanması, işgücü fazlalığının oluşup oluşmadığı, işyeri içinden ve dışından kaynaklanan sebepler gibi hususlarda denetlenecektir.

3.3.1. İşletmesel Kararın Tutarlı Olarak Uygulanması

İşletmesel kararın tutarlı olarak uygulanıp uygulanmaması, işvereni işletmesel karar almaya iten saiklerin gerçekçi olmasına ve işverenin aldığı işletmesel karar ile bu saiklerden kurtulma amacıyla giriştiği aksiyonları gerçekten hayata geçirip geçirmemesine bağlıdır. Örnek olarak işveren, işin büyük bir kısmının artık dijital ortamlarda yapıldığını, satışların web sitesi üzerinden yapılacağını, mağaza satışının sona erdiğini iddia edebilir ve bu cihetle bir işletmesel karar almış olabilir. Ya da bir başka örnek olarak, makineleşmeye bağlı olarak, işçinin çalıştığı üretim bandında birtakım değişikliklerin yapılacağına karar vermiş olabilir. İşletmesel kararın tatbikinde tutarlılık, işverenin iddia ettiği bu marjinal değişikliklerin gerçekten yapılıp yapılmadığı noktasındaki denetimden ibarettir²⁴¹.

²⁴⁰Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 537. Gürsel, **a.g.e.** s. 218.

²⁴¹Engin, **İşletme Gereklere**, s. 64; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 125; Kar, **Yargısal Denetim**, s. 118.

İşletmesel kararın tutarlı olmasından bahsedebilmek için, yukarıda ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere işletmesel kararın ekonomik gerekliliklere uygun ve yerinde olmasının bir önemi yoktur. Yani işletmesel karar verimsiz ve dahi doğru olmasa da yapılan fesih için geçerli sebep teşkil edebilecektir. Ancak işletmesel kararda gösterilen nedenlerin, fesih yapıldığı zamanda en kötü ihtimalle etkilerini hissediliyor olması, kararda bahsi geçen önlemlerin somut bir şekilde alınmış olması gereklidir. Bu somut durum, feshin yapıldığı esnada işletme bünyesinde işçiye olan ihtiyacı ortadan kaldırmış olmalıdır²⁴².

Bu noktada önemli olan husus, işletmesel kararın verimli ve işletme gereklerine uygun olup olmaması değil, işyerinde somut değişikliğe neden olacak derece ciddi ve gerçek olmasıdır²⁴³. İşveren aldığı bu işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulamış, örnek olarak makineleşmeye veya dijitalleşmeye geçeceğini belirtmişse bu adımları atmış veya departman kapatacağını duyurmuşsa söz konusu departmanı kapatmış olmalıdır. Yani işverenin eylemleri ile işletmesel kararındaki beyanları arasında gerçekçi ve paralel bir bağ bulunmalıdır. İşveren beyan ettiği üzere, işletmesel kararını hayata geçirmiş olmalı ve işletmesel karar alma özgürlüğünü, işçilerin iş sözleşmesini feshetmek için bir mazerete dönüştürmemiş olmalıdır.

Bununla beraber, işletmesel kararın tatbikinin tutarlı olma zorunluluğu, işletmesel kararın daimî ve sonsuz bir etkisinin olması gerektiği anlamına da gelmemektedir. Nitekim işverenler, çoğunlukla birer tacir olarak dönemsel hareket etme eğiliminde olup, özellikle bazı sektörler için şartlar çok hızlı değişmektedir. Örnek olarak, küresel bir salgının veya pandeminin hâkim olduğu bir ekonomik ortamda dijitalleşmeye verilen önem çok büyük olurken, bu salgın sona erdiği zaman fiziken işçi alım ihtiyacının doğması mümkün olabilmektedir. Bu şartlarda daha önceden, işçi çıkaran işverenin uzun bir süre sonra yeniden işçi alma ihtiyacı doğabilecektir. Bu husus yıllar sonra yapılan bir denetim ile geçmişte yapılmış olan

²⁴²Polat Soyer, “Ekonomik Kriz Koşullarında İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: 13. Yıl Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampusu, 12 Haziran 2009**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 201 (“Kriz Koşullarında İşletme Gerekleriyle Fesih”); Bağcı, **a.g.e.**, s. 35; Kar, **Yargısal Denetim**, s. 119.

²⁴³Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 82.

feshin geçersiz olduğu anlamına geldiği şeklinde yorumlanmamalıdır²⁴⁴. Kanaatimizce burada önemli olan husus, fesihten itibaren makul ve yeterli bir sürenin geçip geçmediği ve piyasa şartlarının yeniden istihdamı gerekli kılacak şekilde değişip değişmediğidir. Örnek olarak, yukarıda verilen küresel salgın örneğinde, bir süre sonra salgının sona ermesi ve müşterilerin fiziken alışverişe devam etmesi bu şekildeki bir durumun oluşmasına katkı sağlayabilir. Ya da ekonomik olarak zor durumda olan işverenin, bir süre sonra bu ekonomik durumdan kurtulması ve tekrar işçi almaya karar vermesi mümkündür. Ancak her iki halde de işverenin tekrar işçi alırken, aşağıda açıklanacak ve Yargıtay’ca asgari olarak belirlenmiş içtihatlarla uygun hareket etmesi gerekecektir.

3.3.2. İşçiye Olan İhtiyacın Sona Ermesi

İşletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde işçinin, işgücü fazlası durumuna gelmesi veya çalışma yerinin kapanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle işçinin işgücü fazlası durumuna gelmesi, iş akdini sonlandırmanın iş güvencesi manasında asıl gerekçesidir. İşletmeye hâkim olan verimlilik ilkesi uyarınca²⁴⁵, işverenler elde etmek istedikleri kar oranını hedef tutacak şekilde gelir ve gider planlaması yapmakta ve çoğu zaman işletme giderlerinin önemli bir kısmını çalışanlara ödenen ücretler teşkil etmektedir. Bu noktada her bir çalışan bakımından, o çalışanın üstleneceği görevler tespit edilmekte ve bu görev yığını “iş yükü” olarak adlandırılmaktadır.

İşçiye olan ihtiyaç veya yukarıda tanımlandığı şekliyle iş yükü, işverenin elde etmek istediği hizmet oranını ve verimliliği belirlemektedir. İşyerinde istihdam edilen bir işçinin mesai saatlerinin tam olarak doldurulamaması veya bu işçinin görev alanlarında olağanın üzerinde bir boşluk olması, işgücü fazlalığı olarak değerlendirilmektedir. Doktrinde işgücü fazlalığının işletmenin tamamı üzerinden

²⁴⁴Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.127.

²⁴⁵İşletme yönetimine hâkim olan ilkelerden verimlilik; amaçların gerçekleşmesi için kaynakların doğru kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Süleyman Yükçü / Gülşah Atağan, “Etkinlik, Etkinlik ve Verimlilik Kavramlarının Yarattığı Karışıklık” **Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C: 23, S: 4, 2009, s. 4.

yapılan bir değerlendirme ile bir işyerinde verilen hizmet açısından gerekenden fazla işçinin bulunduğu anlaşılmaması şeklinde tanımlandığı görülmektedir²⁴⁶.

İşgücü ihtiyacının sona erme veya azalma sebepleri çok çeşitli olabilmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere, işyerinde teknolojik gelişmelerin hakim olması, makineleşme, dijitalleşme, işletmenin verimliliğinin azalması, zorlayıcı ekonomik koşulların ortaya çıkması, öngörülemeyen mücbir sebepler, şirket birleşmesi, devralması, piyasa koşullarında yeni ürünlerin üretimine başlanmasının zorunlu hale gelmesi, üretilen mal veya hizmetlerin tüketiciler tarafından eski rağbeti görmemesi, iş hacminde azalma, yeni coğrafi bölgelere yatırım yapılması gibi çok çeşitli sebeplerden ötürü işgücü fazlasının oluşması mümkündür²⁴⁷. Bu noktada önemli olan değişen koşullar sebebiyle, iş sözleşmesi kurulurken veya iş sözleşmesinin devamında, hizmetine ihtiyaç duyulan işçinin, hizmetinin öneminin zamanla ortadan kalkmasıdır.

Yüksek Mahkeme içtihadı incelendiğinde, iş gücü ihtiyacının sona ermesinin, işletme gerekleriyle yapılan feshin geçerli olarak kabul edilebilmesi için bir zorunluluk olarak arandığı ancak iş gücü ihtiyacının sona ermesine yol açan nedenler bakımından sınırlayıcı bir belirlemenin yapılmadığı görülmektedir. Yüksek Mahkemenin, ekonomik kriz sebebiyle istihdam fazlalığının gerçekleştirmiş olması, ürünlere olan talep ve siparişlerin azalması, mevcut olguların işyerinde daralmayı zorunlu kılması, sektörel faaliyetlerin işletmeyi olumsuz etkilemesi gibi çok çeşitli hususların istihdam fazlası yaratıp yaratmadığının yerel mahkemelerce incelenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır²⁴⁸.

İşgücü ihtiyacının sona ermesi, bütün bir işletmenin veya işyerinin kapanmasından meydana gelebileceği gibi, bazı işçilerin hizmetlerine olan ihtiyacın sona ermesi şeklinde kısmen görülmesi de mümkündür²⁴⁹. Her halükârda, işçinin söz

²⁴⁶Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.127; Kar, **Yargısal Denetim**, s.104. Yazara göre; işletme gerekleriyle fesih, iş gücü fazlalığının iş ihtiyacına uyarlanmasıyla başka bir şey değildir.

²⁴⁷Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 36.

²⁴⁸Çeşitli örnekler için bkz. Yarg. 22 HD, 2014/34156 E. 2015/912 K., 22.01.2015 T. sayılı kararı, Yarg. 22 HD, 2014/34413 E. 2014/36432 K. 23.12.2014 T. sayılı kararı, Yarg. 22 HD, 2014/34412 E. 2014/34433 K. 23.12.2014 T. sayılı kararı, Yarg. 22 HD 2014/23252 E. 2014/25885 K. 29.09.2014 T. sayılı kararı, Yarg. 22 HD, 2012/1369 E. 2012/12491 K. 28.06.2012 T. sayılı kararı (www.lexpera.com).

²⁴⁹Alp, **Hizmet Akitleri**, s. 90 vd.

konusu işletme bünyesinde niteliklerine uygun olarak yapacağı görevler sona ermiş olmalı ve bu durum işveren tarafından ispat edilmelidir.

3.3.3. İkame İşçi İstihdamı Yapılıp Yapılmadığının Denetimi

İşletme gereklerine dayanılarak yapılan feshin tutarlılık denetimine tabi olduğunu yukarıda izah etmiştik. Tutarlılık denetimi, temel itibariyle işverenin işletmesel kararını alırken beyan ettiği gerekçelerini tutarlı bir şekilde uygulamasına dayanmaktadır. Bu uygulamanın tutarlı olmasından bahsedilebilmesi için ise, işletmesel karardaki beyanlarla yapılan eylemlerin çelişkili olmaması bir önkoşul olarak karşımıza çıkar. Eğer işverenin beyanları ile iş sözleşmesi feshedildikten önce veya sonraki davranışları birbirine aykırı ise, tutarlı bir işletmesel kararla fesihten bahsetmek mümkün olmayacaktır²⁵⁰.

İşverenin işletmesel kararına dayanarak yaptığı fesihte tutarsızlık, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örnek olarak, bir işyerini kapatacağını beyan eden işverenin, işyerini kapatmış gibi göstererek başka bir isim altında aynı operasyona devam etmesi, üretimi son erdirdiğini duyuran işverenin üretim faaliyetlere devam etmesi veya belirli hizmetlerin alt işverene verileceğini beyan eden işverenin, bu hizmetleri görmeye devam etmesi bu tutarsızlığa örnek olarak verilebilir. Bununla beraber, işverence gerçekleştirilen çelişen uygulamaların en fazla görülen örneklerinden biri de fesihten önce veya sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine yeni işçi alınmasıdır²⁵¹. Uygulamada işverenlerce, ekonomik durumun kötüye gittiği, şirketin devredileceği veya üretim durdurulacağı gibi çeşitli mazeretlerle, işyerinde başkaca sebeplerle memnun olmadıkları işçilerin iş sözleşmesinin sona erdirildiği, ancak bu sona ermeden hemen önce veya kısa bir süre sona aynı görevi yapmak için başkaca işçilerin işe alındığı görülmektedir. Bu durum işverenin işletmesel karar alırken dürüst ve samimi davranmadığını ve asıl amacın verimliliği arttırmak değil, ikame işçi almak olduğunu göstermektedir.

Yargıtay tarafından, işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde yeni işçi alımı yapıp yapılmadığını denetlendiği görülmektedir. Yüksek Mahkemece,

²⁵⁰Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 66; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 538.

²⁵¹Ekmekçi, **Uygulama Sorunları**, s. 103.

fesihden belirli bir tarih öncesinde veya sonrasında SGK kayıtları üzerinde inceleme yapılması gerektiği ve yeni işçi alınan durumlarda bunun feshin tutarsızlığı sonucuna teşmil edildiği görülmektedir. Yüksek mahkemenin fesihden hangi tarihler öncesinden ve sonrasında alınan yeni işçileri tutarsızlık emaresi olarak kabul ettiğine dair ise çelişkili kararlar verdiği görülmektedir.

Yargıtay bazı kararlarında, işverenin çelişkili davranıp davranmadığını belirlerken fesih tarihinden 6 ay öncesi ve sonrasında belirten işçi giriş-çıkışına ilişkin SGK kayıtlarının dosyaya getirilmesini ve iş sözleşmesi feshedilen işçi ile aynı pozisyonda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığının tespitini istemektedir²⁵². Buna karşın bazı kararlarda ise, fesihden 3 ay önceki ve 3 ay sonraki süre içinde iş akdi feshedilen işçiyle aynı veya benzer pozisyonda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığının denetlenmesini istendiği görülmektedir²⁵³. Kanaatimizce bu sürenin en az 6 ay olarak kabul edilmesi, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin korunması açısından hayati önem arz etmektedir. Nitekim, 3 ay gibi kısa bir sürenin kabul edilmesi, işverenlerin iş sözleşmesini başkaca gerekçelerle veya keyfi olarak feshetmek istedikleri işçilere yönelik olarak kötü niyetli olarak davranmasına ve işletme gereklerini mazeret olarak kullanmasını teşvik edecek kısıklıktadır. Özellikle birbirini ikame edebilecek çok sayıda işçinin çalıştığı işletmeler bakımından işverenlerin, ikame işçi almak için 3 ay gibi bir süreyi gözden çıkarması ve böylelikle iş güvencesi hükümlerinden kurtularak fesih yapması ihtimal dahilindedir.

Bu noktada uygulamada yukarıda izah edilen Yargıtay uygulamasının etkisi azalttığı fikrinde olduğumuz bir sorunu tartışmanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Yargıtay içtihadı doğrultusunda, 6 ay önce ve 6 ay sonra ikame işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılırken, yapılan bu araştırma çoğunlukla ilk derece mahkemeleri tarafından SGK'ya müzekkere yazılması ve işverenin 6 aylık periyotlarda yeni işçi alımı yapıp yapmadığının sorulması şeklinde tatbik edilmektedir. Hatta bazen, bu hususun yalnızca işverenden sorulması şeklinde araştırıldığı görülmektedir. Diğer yandan, 6 ay önce ve 6 ay sonra yeni işçi alınmaması kuralına vakıf olan işverenler,

²⁵²Yarg. 22HD, 2015/466 E. 2015/1140 K. 26.01.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2015/1199 E. 2015/6314 K. 12.02.2015 T. sayılı kararı; Yarg 7HD, 2014/18482 E. 2015/600 K. 27.01.2015 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

²⁵³Yarg. 7HD 2015/40056 E., 2016/5099 K. 7HD, 02.03.2016 T. sayılı kararı, (www.sinerjimevzuat.com).

yeni işçi ihtiyaçlarını, bordrolarına almadıkları geçici işçilerle veya işçi kiralama yöntemleriyle giderme yoluna gitmektedirler. Hatta bazen, alt işverenlerden veya özel istihdam bürolarından aynı pozisyonda çalışmak üzere işçi talep edildiği görülmektedir. Asıl işveren bordrosunda görünmeyen bu işçiler, SGK kayıtlarında yapılan incelemede de gözükmemekte ve böylelikle işverenler tarafından, 6 aylık periyotlarla yeni işçi alımını denetleyen Yargıtay içtihadının önüne geçilmektedir. İşe iade davası açan işçi ise, işyerinden çoktan ayrılmış olduğundan bu fiili durumu çoğu zaman bilmemekte veya ispat edebilecek durumda olmamaktadır.

İşten çıkarılan işçiler yerine işçi kiralama veya istihdam büroları aracılığıyla dolaylı yoldan işçi istihdam edilmesinin, işletmesel kararın tutarsız şekilde uygulandığı anlamına geleceğinde duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu hususun aydınlığa kavuşturulabilmesi için, mahkemelerce SGK kayıtlarının istenmesinin ötesinde birtakım yöntemlere başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle bilirkişi marifetiyle yerinde inceleme yaptırılması, tanık dinlenmesi durumunda tanıklara buna ilişkin sorular sorulması ve keşif gibi usuli araçların kullanılması bu yöntemlere örnek olarak verilebilecektir. Yine yargı mercilerinin denetimi dışında, özellikle toplu işçi çıkarma süreçlerinden sonra, SGK tarafından yapılacak denetimlerde, çıkarılan işçilerin yerine fiili olarak başka işçilerin benzer görevleri üstlenip üstlenmediğinin denetlenmesi önem arz etmektedir.

İkame işçi istihdamı ile ilgili son olarak değinilmesi gereken konu, işyerine alınan hangi işçilerin ikame işçi olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. İşveren işçilerin iş akitlerini feshedip, hemen sonra yeni işçi alıyorsa bu halde tutarlılık denetimi altında yeni işçilerin, daha önce iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine alınıp alınmadığı denetlenmek zorundadır²⁵⁴. Çünkü bu durum çelişki oluşturmakta ve işverenin yaptığı tek taraflı feshi geçersiz kılmaktadır²⁵⁵. Bununla beraber yeni alınan işçilerin, çıkarılan işçilerle başkaca pozisyonlarda olması, eğitim ve niteliklerinin tamamen ayrı olması ve verdikleri hizmetlerin benzeşmemesi durumunda bu durum feshin geçerliliğini

²⁵⁴Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 683. Konuya ilişkin Yargıtay'ın aynı yönde ve güncel bir kararı için bkz.; Yarg. 7HD, 2015/35555 E. 2016/1992 K. 28.01.2016 T. sayılı kararı (www.lexpera.com).

²⁵⁵Devrim Ulucan, "Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer- 29 Mayıs 2010**, ed, Ali Güzel, Deniz Ugan, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 7-31 ("Ekonomik ve Teknolojik Nedenler"); Yazarın aynı yöndeki bir başka eseri için bkz. Devrim Ulucan, "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", **Legal İHSGHD**, S:14, 2007, s.507 ("Sosyal Seçim"). Bknz. Aynı yönde; Yarg. 22HD, 2014/20040 E., 2014/28661 K. 22.10.2014 T. sayılı kararı (www.lexpera.com).

etkilemeyecektir²⁵⁶. Nitekim, işvereni feshe iten işletme gerekleri çok çeşitli olabileceği gibi, çok sayıda işçinin çalıştığı işletmeler bakımından bazı işçiler ve bazı pozisyonlar bakımından geçerli olmayacaktır. Diğer bir deyişle, birtakım işçilere olan ihtiyaç azalırken, başka görevleri üstlenen işçilere olan ihtiyacın artması mümkündür.

Yine işçi sayısı aynı kalsa da işin niteliği farklılaşmış ve farklı nitelikleri olan bir başka işçiye gereksinim duyulmuşsa, bu durumda işverenin yaptığı fesih geçerli olacaktır. Diğer taraftan işin niteliğinde bir değişiklik olmaksızın bir diğer işçinin işe alınması için fesih bildirimi yapılmışsa, bu durumda fesih işlemi geçerli olmayacaktır. Çünkü bu halde işçinin sözleşmesi feshedildikten sonra yapılan işçi istihdamı, ilk fesih işleminin tutarsız olduğunu göstermektedir²⁵⁷.

Benzer olarak, işçinin iş sözleşmesinin feshinden hemen sonraki gün işçi alım ilanı verilmesi, fiilen yeni işçi alımı olmasa da feshin geçerli sebebe dayanmadığını ve işverenin çelişkili bir davranışta bulunduğunu göstermektedir²⁵⁸. Yüksek Mahkemenin bu kararından, sonradan yapılan işçi alımının, yapılmış dahi olmasının aranmadığı anlaşılmaktadır. Bir diğer olayda ise, Yargıtay, işverenin iş akdini feshettiğini dönemde karlılığı azalsa da kredi alacaklarının ödendiği, işverenin işçi fazlalığını savunsa da feshe yakın tarihte yeni işçi alımına karar verdiği, feshin işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanmadığını belirtmiştir²⁵⁹. Bu kararlar bakımından konu ele alındığından, önemli olan hususun fiilen işçi alınması değil, işverenin tutarsızlığını gösteren davranışları olduğu sonucuna varılmaktadır.

3.4. Keyfilik Denetimi

TMK m. 2; “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” hükmünü amir olup, bu kural temel kural uyarınca, hak sahipleri haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorundadırlar. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve bir hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanan hukuki işlem ve

²⁵⁶Ulucan, **Sosyal Seçim**, s. 507; Erhan Birben, “İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: VIII, S.2, İzmir, 2006, s.23 (“Seçim Serbestisi”).

²⁵⁷Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 78.

²⁵⁸Yarg. 9HD, 2015/29613 E., 2015/30440 K., 09.11.2015 T. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com). Bknz. Aynı yönde; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 167.

²⁵⁹Yarg. 9HD, 10.11.2003 T. sayılı kararı, 2003/18919 E., 2003/18913 K., 10.11.2003 T. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com).

fiiller çeşitli geçersizlik yaptırımlarına tabi tutulmuşlardır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak da bilinen bu kural, özel hukuk ilişkilerinin etkili olduğu her alanda uygulama olanağı bulacaktır. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması halinde, bu hak kötüye kullanılmış olur, bu bakımdan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı birbirleriyle yakından ilişkilidir. Dürüstlük kuralı, dürüst ve namuslu bir insandan umulan davranış anlamına gelmektedir²⁶⁰. Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasıyla, hukuk kurallarının kimi zaman hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilecek sertliğinden kurtulunacak ve hâkime hareket özgürlüğü sağlanacaktır²⁶¹.

İşletmesel kararın yargısal denetiminde de hakkın kötüye kullanılması yasağı dikkate alınacaktır. Bu kapsamda işveren aldığı işletmesel kararda dürüstlük kuralına uygun davranmalı ve girişim özgürlüğünü kullanırken aşırıya kaçarak keyfi kararlar almamalıdır. İşverenin aldığı kararın keyfi ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığının denetimine, keyfilik denetimi adı verilmektedir. Yargıtay’a göre de iş sözleşmesini fesheden işveren, TMK m.2 uyarınca, işletmeyi yönetme özgürlüğü kapsamındaki haklarını kullanırken, bu yetkisini dürüstlük kuralına uygun kullanmalıdır²⁶². Hakkın kötüye kullanılmasının, işletmesel karar alma hakkının sınırını teşkil edeceği doktrinde de kabul edilmektedir²⁶³.

Daha önceden üzerinde durduğumuz üzere, işverenin işletmesel kararı amaç bakımından yargısal denetime yani yerindelik denetimine tabi olmayacaktır. Bununla birlikte amaç bakımından denetime tabi olmayan kararların, keyfilik denetimin nasıl yapılacağı doktrinde tartışma konusu haline gelmiştir²⁶⁴. Nitekim, hakkın kötüye kullanılması çoğu zaman hakkı kötüye kullananın saikleri ve amaçlarıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, sahip olduğu üst hakkını yalnızca komşunun manzarasını kapatma amacıyla kullanan hak sahibinin veya borcunu tahsil etme amacı olmaksızın yalnızca rahatsızlık verme amacıyla çok sayıda icra takibi başlatan alacaklının durumu bu şekildedir. Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, bu hakkın

²⁶⁰Oğuzman/Öz, **a.g.e.** s. 37.

²⁶¹Yarg. İCBK. 1987/2 E. 1988/2 K. 10.09.1988 T. sayılı kararı; Yarg. HGK, 2011/4-410 E. 2011/511 K. 13.07.2011 T. sayılı kararı; Yarg. HGK 2009/14-456 E. 2009/496 K. 11.11.2009 T. sayılı kararı (www.ilhanhelvevacidersleri.com).

²⁶²Yarg. 22HD, 2015/29769 E., 2015/31667 K. 25.11.2015 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com). Bknz aynı yönde; Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.178.

²⁶³Engin, **İşletme Gereklere**, s. 66; Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 687. Gürsel, **a.g.e.**, 221.

²⁶⁴Alp, **Hizmet Akitleri**, s.99-100; Engin, **İşletme Gereklere**, s. 76. Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.180.

kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmaması, yani kötüye kullanılan işletmesel karar dayanak alınarak yapılan feshin geçerli kabul edilmemesidir²⁶⁵. Burada kötüye kullanılan hakkın fesih hakkı değil işletmesel karar alma hakkı olduğu belirtilmektedir²⁶⁶. İşletmesel karar işletme açısından hatalı olsa da bu karar, ekonomik ve işletmesel gerekçelerle alınıyorsa, yani işveren işletmesel karar alma hakkını kötüye kullanmıyorsa bu hakkın amacından saptığı söylenemez²⁶⁷. O halde burada önemli olan, işverenin işletmesel karar alırken samimi ve ekonomik gerekçelerle hareket etmesidir. Verimlilik amacına yönelmiş bir işletmesel kararın denetiminde, işverenin saikin verimlilik olduğunun tespiti yeterli olacakken, bu saikin doğru veya uygun olduğunun denetimine girilmeyecektir. Doktrinde feshin işletmesel bir amaçla yapılması gerektiği, yoksa hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı belirtilmiştir²⁶⁸. Yani işletme gerekleriyle fesih yapılırken amaç daha verimli bir işletme tesis etmek olmalıdır. Yalnızca belirli işçilerin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi amacıyla işletmesel karar almak bu hakkın suiistimali anlamına gelecektir.

Konuyu açıklığa kavuşması açısından bir örnekle izah etmek gerekirse; işyerinde uzun süredir kendi işçileri ile yürüttüğü temizlik veya güvenlik gibi yardımcı işleri, alt işveren verme kararı alan ve bu sebeple işletmesel karar alan işverenin kararı, eğer bir maliyet hesabına dayanıyorsa veya bu kararın alınması işin daha nitelikli yapılmasına yönelikse burada işletmesel karar alma hakkının dürüstlük kuralına uygun olarak kullanıldığından bahsedilecektir. Bununla beraber, işveren temizlik veya güvenlik işi yapan işçilerini, örnek olarak aralarında kişisel husumet bulunduğu gerekçesiyle işten çıkarıyor ancak bu durumu işletmesel karar kisvesiyle saklamaya çalışıyorsa, alınan işletmesel karar keyfilik denetiminden geçemeyecektir²⁶⁹.

Görüldüğü üzere, işletmesel kararın keyfi olarak alındığının işçi tarafından ispatı bir hayli güçtür. Nitekim işçinin, işverenin işletmesel karar alırken, yukarıdaki örneğe dönecek olursak, kendi ile kişisel husumeti yüzünden mi yoksa, verimlilik ve maliyet düşürme gayesiyle mi hareket ettiğini ispat etmesi için uygun delil bulması meşakkatli bir durum olacaktır. Bu tarz durumlarda, özellikle işverenin eylem ve söylemlerine ilişkin olarak yapılacak tanık anlatımlarının önemli olduğu fikrindeyiz.

²⁶⁵Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 16.

²⁶⁶Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 65; Alp, Hizmet Akitleri, s.99.

²⁶⁷Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 75.

²⁶⁸Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 75. Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 682.

²⁶⁹Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 181.

Örnek olarak işverenin fesihten önce yapılan bir tartışma sırasında, işçinin iş sözleşmesini feshedeceğini beyan etmesi veya başkaca işçilere bu yönde açıklamalarda bulunması ispat vasıtası olarak kullanılabilecektir.

Fesih hakkının kötüye kullanılmaması, yalnızca fesih sırasında değil, fesih ile bağlantılı başkaca durumlarda da göz önüne alınacaktır. Örneğin aynı pozisyonadaki işçiler arasından iş akdi feshedilecek işçilerin seçilmesinin gerektiği durumlarda fesih hakkının kötüye kullanılması yasağı uygulama alanı bulacaktır²⁷⁰. Yine benzer olarak, İK m. 5'te yer alan yer alan eşit işlem borcuna aykırılık ve STİSK m.24 hükmünde yer alan sendika üyelerin koruyucu düzenlemeler kapsamında araştırma yapılırken de hakkın kötüye kullanılması yasağı dikkate alınacaktır²⁷¹.

İşletme gereklerine dayanılarak yapılacak fesihlerde fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının araştırması yapılırken çok sayıda faktör nazara alınmalıdır. Örnek olarak, işçinin yasal düzenlemelerden ya da sözleşmeden kaynaklanan haklarını istemesi için dava açması nedeniyle iş akdinin feshi, fesih hakkının kötüye kullanılmasına örnek olarak verilmektedir²⁷². Benzer olarak, iş sözleşmelerini mutlak ayırım yasaklarına aykırı biçimde fesheden işveren, feshin geçersizliği neticesiyle karşı karşıya kalacaktır²⁷³. Doktrinde, işverenin işçileri arasında ayırım yapmama yükümlülüğünün, yalnızca iş ilişkisi devam ederken değil, iş ilişkisi sona erdirilirken de işvereni bağladığı belirtilmiştir²⁷⁴.

3.5 Feshin Son Çare Olması

İş sözleşmelerinin feshine ilişkin olarak, İşçinin korunması ilkesi uyarınca temel amaç en ağır yaptırım türü olan iş sözleşmesinin feshedilmesinden olabildiğince

²⁷⁰Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 77. Gümrükçüoğlu, **a.g.e.**, s. 681.

²⁷¹ Yarg. 9HD, 2015/1199 E. 2015/6314 K. 12.02.2015 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com). Bknz. aynı yönde; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 185.

²⁷²Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.187.

²⁷³Kübra Doğan Yenisey, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri" **Sicil Hukuk Dergisi**, S:2. 2006, s. 64; Birben, **Seçim Serbestisi**, s.23; Nuri Çelik, "İşletmenin, İşyerinin veya İşyerinin Feshinde Eşit Davranma Borcu", **Sicil Hukuk Dergisi**, Aralık 06, s.6 ("Eşit Davranma Borcu").

²⁷⁴Çelik, **Eşit Davranma Borcu**, s. 10. Yazara göre; kanunda işletme gerekleriyle fesih yapılırken seçilecek işçiler bakımından herhangi bir ölçüte yer verilmemiş olması, işverenin kanunen tamamen serbest olduğu anlamına gelecek şekilde yorumlanamaz. İşveren kanunda yer alan işçilerine karşı eşit davranma borcunu, işletme gerekleriyle fesih yaparken ve bu feshe temel oluşturacak işletmesel kararını alırken de gözetmek zorundadır.

kaçınılmasıdır. Diğer bir deyişle iş güvencesine dair hukuki düzenlemeler, iş ilişkisinin mevcudiyetinin korunması ve devam ettirilmesine öncelik vermiş ve feshe son çare şeklinde bakmışlardır²⁷⁵. İş sözleşmesinin feshi açısından son çare ilkesi; işverenin iş sözleşmesinin feshine en son tedbir olarak başvurması anlamına gelmektedir. İşveren, fesihten önce, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak diğer tedbirleri gündemine almalı ancak bu tedbirlere rağmen yine de fesihten kaçamıyorsa, bu takdirde fesih yoluna başvurmamalıdır²⁷⁶. Feshin son çare olup olmadığındaki temel araştırma konusu, daha hafif bir önlem ile fesihten kaçınmanın mümkün olup olmadığıdır²⁷⁷.

Feshe son çare olarak başvurulması gerekliliği, fesihten önce daha hafif birtakım tedbirlerin araştırılması ve denenmeye çalışılması anlamına gelmektedir. Feshe karşı seçenek olarak alınması olanaklı bir önlem varsa sözleşmenin feshi yoluna başvurulamayacaktır²⁷⁸. Son çare ilkesine uyulmaması işverenin yaptığı feshi geçersiz kılacaktır.

Son çare ilkesi şüphesiz ki, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde de uygulanacaktır. Yani mahkemelerce, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde, yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen (tutarlılık, keyfilik vb.) denetimlere ek olarak, son çare ilkesine uygunluk denetimi de yapılacaktır²⁷⁹. Yapılacak olan bu denetim, işverenin işletme gereklerinden kaynaklanan feshi karşısında, daha hafif tedbirlerin bulunup bulunmadığı, fesihle varılacak sonuca, fesih haricindeki araçlarla varılıp varılmayacağının yargısal kontrolünü oluşturacaktır²⁸⁰.

Yargıtay da feshin geçerli olup olmadığının tespitinde, feshin son çare olup olmadığının araştırılması gerektiğini her fırsatta vurgulamaktadır²⁸¹. Buna göre, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde, son çare ilkesine uyulmamış olması feshi

²⁷⁵Feshe son çare olarak bakılması, kökeni Latince'den gelen bir terim olan "ultima ratio" ile özdeşleşmiştir. Ultima Ratio, orijinal anlamıyla uyumsuzlukların çözümünde savaşa son çare olarak başvurulması anlamına gelmektedir. Bknz. Ali Güzel, "İş Sözleşmelerinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, ("Son Çare"), s. 61 – 62. Kıvrakdal, **a.g.e.** 188.

²⁷⁶Güzel, **Son Çare**, s. 62.

²⁷⁷Yarg. 9.HD, 2021/2399 E., 2021/6646 K., 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

²⁷⁸Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 33; Eyrenci, **Ölçülülük İlkesi**, s.46.

²⁷⁹Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 73; Güzel, **Son Çare**, s. 65; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 535 vd.

²⁸⁰Yarg. 9HD, 2021/2501 E., 2021/6651 K., 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

²⁸¹Yarg. 9HD, 2018/5810 E., 2019/3862 K., 18.02.2019 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

geçersiz kılacaktır²⁸². Yine Yargıtay, yapılacak olan bu denetimin işletmesel kararın amacı, bu amacın gerçekten gerekliliği, teknik denetim kapsamında feshin kaçınılmazlığı, işçinin iş görme imkânını kaldırıp kaldırmadığı gibi unsurların tamamının bir arada incelenmesi gerektiğini bir zorunluluk olarak kabul etmektedir. Yani bu unsurlardan birinin dahi incelenmemiş olması, yargısal denetimin eksik olduğu anlamına gelecektir²⁸³. Yargıtay bazı kararlarında daha da ileri giderek, yapılmış olan bir feshin geçerli olmasından bahsedebilmek için son çare ilkesinin bütün unsurlarının bir arada değerlendirilmesi ve bulunması gerektiğini ifade etmiştir²⁸⁴.

Görüldüğü üzere hem doktrin hem de sistematik Yargıtay uygulaması uyarınca, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde son çare ilkesine uyulup uyulmadığının denetiminin yapılması noktasında herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Bu kapsamda son çare ilkesi ve alt unsurları çalışmamızın kapsamı dahilinde kabul edilmiş ve aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Son çare ilkesi kapsamında önem arz eden bir diğer konu da feshin son çare olduğunun kimin tarafından ispat edileceğidir. Yargıtay; “(...) *feshe son çare olarak başvurulduğunun, davacının istihdam fazlası sonucu başka bir bölümde de çalıştırılmayacağını kanıtlanmasını*” işverenden beklemektedir²⁸⁵.

3.5.1. Son Çare İlkesinin Hukuki Dayanağı

Feshin son çare olması ilkesi İş Kanunu’nda açık şekilde yer almamıştır. Ancak geçerli fesih nedenlerinin yer aldığı İK m.18’in gerekçesinde fesihte son çare ilkesinden bahsedilmiştir. Bu ilkenin Türk hukukundaki dayanağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre, son çare ilkesinin hukuki dayanağı doğrudan Anayasaya dayanmaktadır. Anayasa m. 13’te yer alan, ölçülülük ilkesi her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olsa da son çare ilkesini de

²⁸²Yarg. 9HD, 2020/2904 E., 2020/13592 K., 27.10.2020 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

²⁸³Yarg. 9HD, 2021/2399 E., 2021/6646 K., 23.03.2021 T. sayılı kararı, (www.sinerjimevzuat.com).

²⁸⁴Yarg 9HD, 2019/7263 E., 2019/19560 K. 11.11.2019 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

²⁸⁵Yarg. 22.HD, 2020/1485 E., 2020/5056 K., 12.03.2020 T. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

kapsayacak şekilde özel hukuka teşmil edilmiştir²⁸⁶. İş sözleşmesinin feshi, bir bozucu yenilik doğuran hak olarak, ölçülülük ilkesine tabidir ve dolayısıyla fesih işlemlerinde bu ilkeye dikkat edilmelidir²⁸⁷. Doktrinde karşıt görüş ise²⁸⁸ Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinin esas itibariyle temel hak ve özgürlüklere, dolayısıyla kamu hukuku sahasına ait olduğu, bu ilkeyi özel hukukta kullanmanın ve son çare ilkesine dayanak yapılmanın uygun olmadığı şeklindedir.

Doktrindeki bir başka görüş ise²⁸⁹, İş Kanunu'nda son çare ilkesine yer verilmemiş olması nedeniyle yasal boşluğun söz konusu olduğu, TMK m.1'in uygulama alanı bulacağı, mahkemenin de bu kapsamda madde gerekçesinden yararlanabileceği ve mahkemece gerçekleştirilecek denetimde bu ilkenin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Konuyla ilgili son görüş ise, feshin son çare olma ilkesinin, kanunda açıkça düzenlenmese de bu ilkenin iş güvencesi sisteminde zaten bulunduğu ve dolayısıyla bu ilkeyi bir yasal düzenlemeye dayandırma çabalarının beyhude olduğu şeklindedir²⁹⁰. Bugün itibariyle doktrinde hâkim görünen görüş, TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralının son çare ilkesinin hukuki dayanağını oluşturduğu şeklindedir²⁹¹. Buna göre, feshin son çare olması ve alternatif bir tedbir varsa onun uygulanması, işverenin dürüst davranma borcunun bir sonucudur. İşveren dürüst bir tacir olarak, işçisini korumayı şiar edinmeli ve feshe alternatif daha hafif tedbirleri araştırmalıdır.

Bu konuda bizim katıldığımız görüş, son çare ilkesinin esas itibariyle açık bir hukuki dayanağa ihtiyacı olmadığıdır. Nitekim, bütün iş güvencesi sisteminin amacı işçinin anlamsız fesiHLere karşı korunmasıdır. Kanun koyucu yurtdışındaki düzenlemeleri, Türk İş Hukuku sistemine alarak, işçinin iş sözleşmesinin feshini yasal bir zemine oturtmuştur. Bu yasal zeminin amacının işçiyi feshe karşı korumak olduğu açıktır. İşçinin iş sözleşmesinin feshi yerine daha hafif tedbirlerin bulunması durumunda, yapılan feshin geçersiz olacağı şüphesizdir. Bu sebeple, son çare ilkesi iş güvencesi sisteminin doğal bir parçasıdır. Bununla beraber, uygulamada mutlaka bir

²⁸⁶Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007 ("İş Güvencesi Hukuku"), s. 185.

²⁸⁷Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, s. 186

²⁸⁸Taşkent, **Geçerli Sebep**, s. 16-18.

²⁸⁹Güzel, **Keyfilik Denetimi**, s. 176.

²⁹⁰Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 73, 91.

²⁹¹Taşkent, **Geçerli Sebep**, s. 18; Güzel, **Son Çare**, s. 65; Güzel, **Keyfilik Denetimi**, s. 175.

pozitif dayanak aranması durumunda, yıllardır süre gelen sistematik Yargıtay içtihadı bu konuda yeterli olacaktır. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere Yargıtay çok sayıda kararında, son çare ilkesine atıfta bulunmuş ve bu denetimin yapılmasının hukuki önemini izah etmiştir. Benzer olarak, iş hukuku uygulamamızda doğrudan kanuna dayanmayan ancak Yargıtay içtihadı ile gelişen çok sayıda yargısal denetim biçimi vardır. Örneğin, tutarlılık denetimi yapılırken fesihden 6 ay önce ve 6 ay sonra yeni işçi alınıp alınmadığının denetlenmesi, dayanağını Yargıtay kararlarında bulmaktadır. Benzer olarak, fesih yapılacak işçilerin seçimi noktasında da kanunda pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bütün bu sebeplerle, yıllardır süregelen düzenli Yargıtay içtihadını, son çare ilkesi kapsamında yapılacak denetim yönünden de yeterli saymak gereklidir.

3.5.2. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük, hakkı sınırlamada kullanılacak aracın sınırlamayla varılmak istenen amacı gerçekleştirmek için elverişli olması, bu aracın amaç açısından gerekli olması ve araçla amaç arasında ölçüsüz bir oran bulunmaması olarak tanımlanmaktadır²⁹². Temelini kamu hukukundan alan ölçülülük ilkesi, ancak kanunla yapılabilecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında başvuru alan genel bir hukuk ilkesidir. Anayasa m.13 uyarınca, hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlandırmalar ölçülülük ilkesine aykırı yapılamayacaktır. Bu kapsamda ölçülülük, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir sınır olarak kabul edilmektedir²⁹³. Doktrinde ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, özgürlüğün kural, sınırlandırmanın ise her zaman istisna kabul edilmesi gerektiği ve ölçülülük ilkesinin bu sınırlandırmadaki dengeyi sağlamaya hizmet ettiği belirtilmektedir²⁹⁴.

İş sözleşmesinin feshi açısından bakıldığında ölçülülük ilkesi; işverenin fesihle istediği amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, feshin birden fazla tedbir arasından işçiye en az zarar veren olması ve fesih işlemi ile iş sözleşmesinin sonlandırılması amacının ölçüsüz bir oran içinde olmaması anlamlarına gelmektedir²⁹⁵. Ölçülülük

²⁹²Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, s. 181-184; Engin, **İşletme Gerekleri**, s.50.

²⁹³Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, Özel S., 2013, s.681.

²⁹⁴Deniz Ugan Çetinkaya, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2017, s. 41.

²⁹⁵Yarg. 9HD, 2021/2399 E., K.2021/6646, 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

ilkesi iş hukukunda yargısal denetimde temel ilkelerden olup, gerek geçerli nedenle gerçekleştirilen fesihlerde gerekse haklı nedenle gerçekleştirilen fesihlerde kontrolü yapılan bir ilkedir.

Yargısal denetimde kullanılan temel ilkelerden olan ölçülülük ilkesi şüphesiz ki, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde de dikkate alınacaktır. İşletme gerekleri sebebiyle alınan işletmesel karar sonrasında gerçekleştirilen fesihlerin kaçınılmaz olup olmadığına değerlendirilmesinin dayanağını ölçülülük ilkesi teşkil edecektir. Bu kapsamda, işletmesel karar neticesinde uygulanan fesih yaptırımının, işvereni işletmesel karar almaya iten sebeplerle orantılı olup olmadığına denetimine, ölçülülük denetimi denilmektedir.

Ölçülülük ilkesine dayanan denetim çerçevesinde, işverenin işletmesel kararı tatbik etmesinde feshin kaçınılmaz olup olmadığı²⁹⁶, fesih sebeplerinin devamlı olup olmadığı, fesih haricindeki tedbirlerle problemin üstesinden gelinip gelinemeyeceği, işçinin aynı işyerinde farklı bir bölümde veya işverenin farklı bir işyerinde çalıştırılma imkânının bulunup bulunmadığı ve feshin son çare olup olmadığı hususlarında işverenin kararı incelenecektir. Mahkeme fesih kararının aslında gerekli olup olmadığını, işletmesel kararlarla ulaşılmak istenen amaca fesih haricinde daha hafif bir önlemlerle varmanın olanaklı olup olmadığını değerlendirmektedir²⁹⁷. Ölçülülük ilkesinin, elverişlilik, orantılılık ve gereklilik olarak üç alt ilkedен oluştuğu kabul edilmektedir²⁹⁸.

3.5.2.1 Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, iş hukuku anlamında, yapılan feshin, ulaşılmak istenen amaca uygun olup olmadığını ifade eder²⁹⁹. Burada yapılan denetim, işverenin fesih ile, feshe gerekçe gösterdiği amaca ulaşmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

²⁹⁶Yarg. 9HD, 2019/8260 E., 2020/903 K., 22.01.2020 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

²⁹⁷Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 50.

²⁹⁸Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, C:15, 2013, s. 681.

²⁹⁹Yarg. 22HD, 2017/34004 E., 2017/12526 K. 29.05.2017 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

Bir fesih üzerinde elverişlilik denetimi yapılabilmesi için, işverenin fesih ile ulaşmak istediği amaç analiz edilmelidir. Örnek olarak, işveren ekonomik buhrandan kurtulmak amacıyla mı fesih gerçekleştirmiştir? Veya işletmesel kararında teknolojik gelişmeleri mi gerekçe göstermiştir? İşverenin bazı işçileri işten çıkararak ulaşmak istediği amaç bu teknolojik gelişmelere ayak uydurmak mıdır? Ve yapılan fesihler teknolojik gelişmelere ayak uydurmak için uygun ve mantıklı bir yol mudur?

Elverişlilik denetiminde önemli olan, yapılan denetimin yerindelik denetimi boyutuna varmamasıdır. Yani mahkeme, işverenin aldığı tedbirlerin ulaşmak istediği sonuca elverişli (uygun) olup olmadığını denetleyecektir. Ancak yaptığı bu denetimde sanki kendi işverenmiş gibi, işverenin yerine geçerek daha güzel bir tedbirin olup olmadığını araştırmayacaktır. Örnek olarak, işletmenin bozulan ekonomisini düzeltmek için işçi çıkarmak yerine kredi çekmenin daha uygun olacağına mahkeme karar vermeyecektir. Belirtmek isteriz ki, elverişlilik denetimi ile yerindelik denetimi arasındaki sınırı çizmek çoğu zaman kolay olmayacaktır.

3.5.2.2 Orantılılık İlkesi

İş Hukuku uygulamamızda orantılılık ilkesi araç ile amaç arasındaki yarar ve zarar dengesini ifade etmek için kullanılmaktadır³⁰⁰. Bu ilke uyarınca işverence yapılan iş akdinin feshi, fesih ile izlenen amaçla oranlı bir ilişki kurmalıdır. İşverenin menfaati ile iş akdi feshedilecek işçinin zararı arasında kıyaslama yapılarak, ölçüsüz olmayan bir seçenek aranmalıdır³⁰¹.

Orantılılık ilkesinin işletme gereklerinden kaynaklı fesihlerde kullanılması tartışmalıdır³⁰². Doktrinde bir görüş, tarafların menfaatleri ele alınarak bir neticeye ulaşılmaya çalışılmasının oranlılık ilkesinin gereği olduğunu, bu kapsamda işçinin iş ilişkisinden kaynaklı menfaatleri göz önüne alındığında fesih işlemi ölçüsüzse bu fesih işleminin geçersiz olduğunu belirtmektedir³⁰³. Bir diğer görüş ise oranlılık ilkesinin yalnızca işçinin eylem ve yeterliliğinden kaynaklı fesihlerde söz konusu olabileceğini

³⁰⁰Yıldız, **a.g.e.** s.684. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 202.

³⁰¹Yarg. 9HD, 2019/3083 E., 2019/20816 K., 25.11.2019 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³⁰²Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.203.

³⁰³Eyrenci, **Ölçülülük İlkesi**, s. 37.

ve işletme gereklerinden kaynaklı fesihlerde ise uygulanamayacağını ifade etmektedir³⁰⁴.

Katıldığımız görüş uyarınca, işletmesel karar özgürlüğü sebebiyle istihdam fazlası haline gelen işçinin oluşturduğu maliyetten kurtulmak işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Zira işletmesel karar sonucu istihdam fazlalığının ortaya çıkması ve işçinin çalışma olanağının ortadan kalması ile işverenin iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemez. İşçinin zarar görmesi nedeniyle işverenin geçerli bir fesihten vazgeçmesi beklenmemelidir. Bu tür bir vazgeçme, verimliliğe ve rekabet gereklerine aykırıdır ve iş güvencesi kurumunun amacına da uygun olmayacaktır. Bu kurumun amacı, işçiyi işverenin keyfi fesihlerine karşı korumaktır³⁰⁵. Diğer yandan, orantılılık ilkesinde yapılan işçi ile işverenin menfaatinin karşılaştırılmasıdır. Bu şekilde bir menfaat karşılaştırması yapılmasının, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde her zaman dikkat edilmesi gereken yerindelik denetimi yasağına takılacağı şüphesizdir.

3.5.2.3 Gereklilik İlkesi

Gereklilik ilkesi, işverenin amacını gerçekleştirmek için kullandığı araçların birbirleri ile kıyaslanması ve en uygun aracın seçilmesidir. İş akdinin feshi kapsamında gereklik ilkesi, işçi aleyhine en ağır sonuçları oluşturan araç olan feshin en son çare olmasına denk gelmektedir³⁰⁶. İşverenin ulaşmak istediği amaca fesih haricinde varılmasını temin edecek başka bir seçenek önlem varsa, bu seçenek önlem değerlendirilmelidir. Esasen iş akdinin feshine nazaran daha hafif olan bir tedbir, işverenin izlediği amaca ulaşmasına fesih gibi elverişli ise, işverenin gerçekleştirdiği fesih gereksiz demektir. Bu şekilde yapılan denetim, gereklik denetimidir³⁰⁷.

Seçenek tedbirlerin tespitinde işverenin amacı göz önüne alınmak zorundadır. Feshe seçenek olacak aracın, fesih ile aynı derecede işverenin amacını gerçekleştirmesi için elverişli olması gerekmektedir. İşletme gereklerinden kaynaklı fesih işlemlerinde işveren, mevcut çalışan sayısını işletmede gereksinim duyulan

³⁰⁴Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, s. 200.

³⁰⁵Bu görüş ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.203.

³⁰⁶Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 91.

³⁰⁷Kılıçoğlu/Şenocak, s. 192; Kar, s. 123.

çalışan sayısına indirme amacını taşır. Ayrıca gereklilik ilkesi uyarınca seçenek araçlar, işçiye feshe nazaran daha az zarar vermelidir. Gereklilik denetimi esasen işçinin işyerinde iş görme imkânının belirlenmesinden ibarettir³⁰⁸. Gereklilik ölçütü, elverişlilik ölçütüne oranla daha fazla önem taşır. Nitekim gereklilik denetiminin sonucu olumlu ise elverişlilik denetiminin de sonucu olumlu olabilmektedir³⁰⁹.

İşveren tarafından işletmesel kararlarla yapılan fesihlerde Yargıtay'da "gereklilik denetimi" kavramından bahsetmektedir. Buna göre Yargıtay; işverence yapılan yeniden yapılanma tedbirlerinin kanun ve sözleşme ile uyumlu olup olmadığının incelenmesi gerektiğine karar vermektedir³¹⁰. Yasalar ve sözleşmelere aykırı olan ve bunların dolanılmasına yarayan işletmesel kararlara istinaden yapılan fesihler geçersiz kabul edilmektedir³¹¹. Örneğin işin alt işverene devrinin hukuka aykırı olması halinde buna istinaden yapılmış olan fesih geçersiz kabul edilecektir³¹². Doktrinde burada yer alan gereklilik denetiminin, ölçülülük ilkesinin unsuru olan gereklilik ilkesinden farklı olduğu ifade edilmektedir³¹³. Yargıtay kararında gereklilik denetimi şeklinde adlandırılan denetim, işverence alınan işletmesel kararın ve tatbikinin kanuna ve sözleşmelere uygun olup olmadığının denetimidir. Ölçülülük ilkesinin unsuru olan gereklilik ilkesinde ise esas olarak feshin son çare olup olmadığı, yani fesihten evvel bazı önlemlerle feshin engellenip engellenemeyeceği kontrol edilmektedir.

3.5.3. Feshe Alternatif Olabilecek Tedbirler

Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, son çare ilkesi kapsamında yapılan denetim esas itibarıyla, diğer çarelerin araştırılıp araştırılmadığına yönelik yapılan bir denetimdir. Yani işverenden beklenen, işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce bir takım alternatif tedbirlere başvurmasıdır. İşveren, işçinin korunması ilkesini gözetmeli ve fesihten kaçınmak için bir takım önleyici tedbirler almalıdır.

³⁰⁸Engin, **İşletme Gereklileri**, s. 66.

³⁰⁹Kılıçoğlu/Şenocak, s. 192.

³¹⁰Yarg. 9.HD, 2021/2399 E., 2021/6646 K. 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³¹¹Engin, **İşletme Gereklileri**, s. 75; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 325

³¹²Murat Engin, "Üçlü İş İlişkileri", **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası** (Seminer Notları), 21-25 Eylül 2005, Bodrum, s. 19.

³¹³Kar, Yargısal Denetim, s. 121- 122.

Mahkemelerce yapılacak denetim, temel olarak bu önleyici tedbirlerin alınıp alınmadığı veya alınma imkanının olup olmadığının sorgulanması olacaktır³¹⁴.

Bununla beraber, ispat yükü kapsamında fesih alternatiflerinin tamamının her olayda incelenip incelenmeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay yerel mahkemelerden bütün seçeneklerin araştırılıp değerlendirilmesini istemektedir. Bu durum ise doktrinde fiilen imkânsız olması ve mahkemelere gereksiz iş yükü bindirmesi sebebiyle eleştirilmektedir³¹⁵. Yargıtay bazı kararlarında tüm önlemlerin değil sadece işçinin başka bölüm veya işyerinde değerlendirilme olanağı bulunup bulunmadığının araştırılmasını son çare ilkesi bakımından yeterli görmektedir³¹⁶.

Konuya ilişkin bizim kanaatimiz ise, yerel mahkemelerin karşılına çıkan her olayda, feshe alternatif bütün tedbirleri araştırma imkânının olmadığı yönündedir. Nitekim, işveren bu şekilde bir ispat sunması da beklenemez. Bu şekilde bir yaklaşım, işverenleri her bir işçinin neredeyse akademik çalışma boyutlarına varabilecek bir araştırma yapma yoluna itecektir ki bunun uygulanabilirliğinin olmadığı açıktır.

3.5.3.1. İşçinin Farklı Bir Pozisyonda Değerlendirilmesi

İşverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin temel sebebi, artık o işçiye olan ihtiyacın sona ermesidir. Yani işveren nezdinde bir işgücü fazlalığı oluşmuştur. Bununla beraber, işyerinde başkaca pozisyonlarda işgücü ihtiyacı var olabilir. İşte bu gibi durumlarda, işyerinde işçinin farklı bir pozisyonda istihdam imkânı olmasına rağmen, son çare olarak bu yola gidilmeden sözleşmenin feshi geçersiz kabul edilecektir³¹⁷. İşveren feshi gerçekleştirdiği dönemde, işyerinin başka bir kısmında işçiye gereksinim duymuşsa, son çare ilkesi gereği iş akdini feshetmeyi düşündüğü işçisi ile bu ihtiyacı kapatmalıdır³¹⁸.

İşçinin çalıştırılabileceği başka bir pozisyondan veya işten kastedilen, işverenin aynı işyerinde veya başka işyerlerinde bulunan ve işçinin özellikleri açısından iş görme

³¹⁴Gürsel, a.g.e., s. 222 – 223.

³¹⁵Devrim Ulucan, **Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler**, s. 23. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kıvrakdal, a.g.e. s. 210 vd.

³¹⁶Yarg. 9HD, 2021/2399 E., 2021/6646 K., 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³¹⁷Güzel, **Son Çare**, s. 83.

³¹⁸Yarg. 9HD, 2021/2399 E., 2021/6646 K., 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

edimini icra edebileceği boş bir pozisyonudur³¹⁹. İşverence, feshe başvurmadan evvel işçinin gerçekleştirmekte olduğu iş ile aynı düzeyde olan bir işin, bu şekilde bir işin olmaması durumunda benzer bir işin, bunun da olmaması durumunda daha alt seviyedeki işin işçiye önerilmesi gerekir. Ancak işverenin iş sözleşmesi feshedilmesi düşünülen işçiye öngörerek, boş istihdam pozisyonunu bu işçi için tutma yükümlülüğü yoktur. Yani işverenden geleceğe yönelik bir öngörü veya tahmin beklenmemektedir³²⁰.

İşverenin birden çok işyeri bulunuyorsa, son çare ilkesi kapsamında işveren, sadece işçinin iş gördüğü işyerinde değil başka işyerlerinde de çalışmasının olanaklı olup olmadığını araştırılmalıdır³²¹. Yargıtay, iş sözleşmesi feshedilmesi öngörülen işçinin, işyerinin farklı bir kısmında ya da başka bir işyerinde istihdam imkânının bulunması halinde, işletme gereklerine dayanan feshin geçersiz olacağını belirtmektedir³²². Bununla beraber, son çare ilkesi kapsamında işyeri değişikliği, aynı anda işçinin mevcut işinde de değişikliğe de yol açabilir. Örnek olarak eskiden muhasebeci olarak çalışan bir işçi, pozisyon veya işyeri değişikliği ile artık satış departmanında çalışmak durumunda kalabilir³²³. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, işçiye verilecek yeni pozisyonun onun niteliklerine olabildiğince uygun olması ve işçinin önceden yaptığı iş ile bağlantısı veya alakası olmayan kısımlarda çalıştırılmamaya gayret edilmesidir. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında³²⁴, fesih dışında birden fazla tedbir varsa işverenin iş koşullarında değişikliğe yol açmayacak tedbire, değişiklik feshine oranla öncelik vermesi gerektiği belirtmektedir.

İşçiye sunulacak olan yeni pozisyonun önceki pozisyonundan üst bir pozisyon olması durumunda ise durum tartışmalıdır. Yargıtay işçiye sunulabilecek iş imkânı terfi niteliğinde ise, örneğin işçi uzman yardımcısı iken uzman pozisyonu boşsa, bu işçi gerekli niteliklere haizse veya ufak bir eğitim ile bu farkı kapatacaksa, bu pozisyonun, son çare ilkesi kapsamında işten çıkarılması planlanan işçiye teklif edilebileceğini belirtmektedir³²⁵. Kanaatimizce, işverenlerin sırf son çare ilkesine

³¹⁹Soyer, **Uygulama Sorunları** s. 53.

³²⁰Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, s. 207.

³²¹Eyrenci, **Ölçülülük İlkesi**, s. 49-50.

³²²Yarg. 22HD, 2019/7909 E., 2019/22315 K., 03.12.2019 T. sayılı kararı (www.lexpera.com).

³²³Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 101.

³²⁴Yarg. 22HD 11.10.2018 T. sayılı kararı, E.2018/12182, K. 2018/21933; Y. 9.HD, 24.06.2013, E. 2013/1504, K. 2013/19297 (www.sinerjimevzuat.com).

³²⁵Bknz. Kıvrakdal, **a.g.e.** s.220; Yarg. 7HD, 2013/16527 E., 2013/11942 K. 26.06.2013 T. sayılı kararı.

uymak için işçiye normalde vermeyecekleri bir yükselmeyi vermeye zorlanması, teşebbüs özgürlüğüne aykırıdır. Nitekim işverenler, işletmelerini diledikleri gibi sevk ve idare etmekte ve dolayısıyla kimi terfi ettireceklerine özgürce karar vermekte serbesttirler.

Fesihden önce alternatif pozisyon olup olmadığının denetimi mahkeme tarafından yapılacaktır. Bu kapsamda, işveren fesih sırasında var olan açık pozisyonları mahkemeye bildirecektir. İşçi de davasına yardım etmek için bilgisinin olduğu son çare seçeneklerini mahkemeye iletebilir. Yargıtay yakın tarihli bir kararında son çare seçeneklerinin bilirkişi aracılığıyla araştırılmasını uygun bulmuştur³²⁶.

İşçinin başka bir işyerinde çalışma imkanının olup olmadığı konusunda, holding veya şirketler topluluğuna dahil şirketlerde çalışan işçiler bakımından tartışma olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, holdingin tek işletme kabul edilmesi gerekmekte ve işçinin holdinge dahil bütün şirketlerde çalışma olanağının bulunup bulunmadığı denetlenmelidir³²⁷. Diğer bir görüşe göre ise, son çare ilkesi kapsamında işçinin başka bir işte istihdam edilmesi için, araştırmaya konu işyerlerinin aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olması gerekmektedir. Örneğin, işçinin aynı şirketler grubuna dahil ancak tüzel kişiliği olan bir başka şirkette çalışma imkanının araştırılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Şirket topluluğu veya holding içinde bulunsa da her şirket, işçi nezdinde ayrı bir işverendir³²⁸.

Yargıtay, aynı şirketler grubuna veya holdinge dahil olsa bile, farklı bir tüzel kişiliğe sahip işverenin sahip olduğu işyerinde işçinin çalıştırılmasının işverenden beklenemeyeceğine karar vermektedir. Feshin son çare olması ilkesi, aynı işverene ait işyeri veya işyerleri kapsamında ele alınmalıdır³²⁹. Yargıtay bazı kararlarında, holding ana şirketinin çalışan yönetmeliğinin, holding bünyesindeki bütün işletmelere uygulandığı, işletmeler arasında bu yönetmelik çerçevesinde işçi transferlerinin yapıldığı hallerde, işçinin diğer grup şirketlerde istihdam imkânı olup olmadığının ve

³²⁶Yarg. 9HD, 2021/2399 E., 2021/6646 K., 23.03.2021 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³²⁷Tulukçu, **a.g.e.**, 139, 140.

³²⁸Soyer, **Uygulama Sorunları**, s. 36.

³²⁹Yarg. 7HD, 2016/4274 E., 2016/11586 K. 26.05.2016 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

daha önceden işçi geçişleri olup olmadığının göz önüne alınması gerektiğine karar vermiştir³³⁰.

3.5.3.2. İşyerindeki Fazla Çalışmaların Kaldırılması

İş sözleşmesinin feshi durumunda son çare ilkesi kapsamında uygulanacak tedbirlerden biri de fazla çalışmaların kaldırılmasıdır. İK m. 41 uyarınca fazla çalışma haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. Haftalık çalışma süresi sözleşmede kırk beş saatin altında kararlaştırılmışsa, bu çalışma süresini geçen ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar, fazla sürelerle çalışmalardır.

Bir işyerinde sürekli ve sistematik olarak fazla çalışma yapılıyor olması, esasen o işyerinde işgücüne sürekli olarak ihtiyaç duyulduğu anlamına gelmektedir. İşçi çıkarma yoluna giden işverenin, fazla çalışmalar ile karşılanan iş yükünü, çıkardığı işçilere bölüştürmesi alternatif bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay da verdiği kararlarda, işyerindeki fazla çalışmanın kaldırılarak feshin önlenip önlenemeyeceğinin, yani fazla çalışmanın kaldırılmasının istihdam sağlayıp sağlamadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir³³¹.

3.5.3.3. Kısa Çalışma

Kısa çalışma, üç ayı geçmemek koşuluyla işyerinde uygulanan çalışma süresinin işyerinin tümünde veya bir kısmında geçici şekilde en az üçte bir oranında azaltılması ya da süreklilik şartı aranmaksızın en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tümüyle ya da kısmen durdurulmasıdır³³².

Kısa çalışmanın söz konusu olabilmesi için deprem, salgın hastalık, heyelan veya bunlar gibi mücbir sebeplerin bulunması gerekmektedir³³³. Bunların yanında, genel ekonomik kriz, sektörel veya bölgesel krizin bulunduğu işçi ve işveren sendikaları konfederasyonları tarafından ileri sürülmesi ve bu doğrultuda kuvvetli belirtilerin bulunması da bir kısa çalışma sebebi olarak kabul edilmiştir.

³³⁰Yarg.7HD, 2014/18482 E., 2015/600 K. 27.01.2015 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³³¹Yarg. 22HD, 2018/1499 E., 2018/5714 K., 05.03.2018 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³³²Bknz. 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m. 2; 30.03.2011 ve 27920 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik ("Yönetmelik") m. 3/1- ç.

³³³Yönetmelik m. 3/1- h.

Konfederasyonların bu savından sonra ya da bu doğrultuda kuvvetli belirtilerin bulunması durumunda, krizin bulunduğu Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulu tarafından karar verilir³³⁴. Diğer bir deyişle idari ve yapısal olarak işyerinin kendi bünyesinden doğan bir ekonomik krize girmesi halinde işveren, kısa çalışma yaptıramayacaktır.

Bu kapsamda kısa çalışma, dışarıdan gelen zorlayıcı etkenler yüzünden ekonomik olarak zorluğa düşen işverenlerin krizi atlatma aşamalarında işçi çıkarmalarının önüne geçmek için bir alternatif tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde Eylül 2005 tarihinden itibaren 3.5 milyon kişiden fazla çalışanın kısa çalışmadan yararlandığı belirtilmektedir³³⁵. Kısa çalışma, ülkemizde özellikle döviz kurlarındaki aşırı dalgalanma veya küresel salgın gibi zorlayıcı etkenlerin varlığında sık sık gündeme gelen ve son zamanlarda çok sayıda değişikliğe uğrayan bir hukuki kurumdur³³⁶. Özellikle tüm dünyada etkili olan Koronavirüs salgınından sonra, kısa çalışma ani ve toplu fesihlerin önüne geçilebilmesi için bir çözüm aracı olarak görülmüştür. 25.03.2020 tarihli ve 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 41. Maddesi ile 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na geçici 23. madde eklenmiş ve Koronavirüs kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan başvurularda kısa çalışmadan faydalanılmasına ilişkin şartlar hafifletilmiştir. Bu kapsamda, kısa çalışma ödeneğinden yararlanılması için gerekli olan hizmet süresi ve sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası priminin ödenmiş olması gereken süreler azaltılmış ve işverene işçi çıkartmama şartı getirilmiştir³³⁷.

Feshin öngörüldüğü durumlarda kısa çalışma gerektiren şartlar oluşmuşsa ve işçinin istihdam imkânı geçici şekilde ortadan kalkmışsa, kısa çalışma uygulamasına başvurulabilir³³⁸. Yargıtay da kısa çalışma uygulamasını fesihten önceki alternatif tedbirler arasında kabul etmiştir. Zorlayıcı şartların varlığı halinde, fesihten önce işverenin kısa çalışma için başvurup başvurmadığının araştırılması gerekmektedir³³⁹.

³³⁴Yönetmelik m. 5/2.

³³⁵Söz konusu veri, Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 31.08.2020 tarihli açıklanmasına dayanmaktadır.

³³⁶Murat Engin, "Kısa Çalışma Hukuki Niteliği ve Koşulları", **Toprak İşveren Dergisi**, S:120, Aralık 2018, ("Kısa Çalışma"), s.1.

³³⁷Şahin Karabulut, "Kısa Çalışma Ödeneğinde Covid-19 (Koronavirüs) Pandemisi Nedeniyle Yapılan Düzenlemeler", **Çimento İşveren Dergisi**, C:34, S:5, Eylül 2020, s. 10.

³³⁸Alp, **İşletme Gereklerinden Kaynaklanan Fesih**, s. 114

³³⁹Yarg. 9HD, 2019/2638 E., 2019/6910 K. 27.03.2019 T. sayılı kararı; Yarg. 7HD, 2015/39339 E., 2016/7775 K., 31.03.2016 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

Doktrinde kısa çalışma uygulaması, uygulamanın sıkı koşullara bağlanmış olması ve işverenin buna tek başına karar verememesi gibi özelliklerinden ötürü pratik olmaması sebebiyle eleştirilmektedir³⁴⁰.

3.5.3.4. İşçiye Yeni Niteliklerin Kazandırılması ve Mesleki Eğitim

Gelişen teknolojiler ve toplumdaki yenilikler işverenin yeni teknolojileri kullanmasına ve üretim usullerinin değişmesine neden olabilir. Son çare ilkesi kapsamında fesihden önce alınabilecek tedbirlerden biri de işveren tarafından işçiye eğitimler verilerek ona yeni nitelikler kazandırılmaya çalışılmasıdır. Bu çerçevede son çare ilkesi, işletme gerekleri sonucu çalışma imkânı kalmayan işçinin iş akdinin feshi yerine, eğitime tabi tutulduktan sonra çalıştırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu şekilde bir yükümlülük, işçinin eğitimini başarılı şekilde tamamladıktan sonra işyerinde veya işletmede çalışacağı boş bir yer bulunuyorsa gündeme gelebilir³⁴¹.

Örnek olarak, işveren, yeni teknolojiye sahip bir makine aldığı anda fesih yoluna başvurmada, bu yeni teknolojiye uyumu sağlayacak eğitimi işçiye vermeli ve iş akdinin sürekliliğini sağlamaya çalışmalıdır³⁴². Yine benzer olarak, sosyal medya araçlarını kullanarak pazarlama yapmak isteyen işveren, bu araçların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak için, hali hazırda pazarlama departmanındaki kişilere eğitim verilmesi yoluna gidebilir. Böylelikle hem yeni bir işçi istihdamına gerek kalmayacak hem de var olan iş ilişkiler korunacaktır. Yargıtay da kararlarında son çare ilkesi kapsamındaki seçenekler arasında işçiye eğitim verilmesi gereğini vurgulamaktadır³⁴³.

Peki işverenin işçiye vereceği eğitimin sınırı ne olmalıdır? Örneği işveren ihtisas gerektiren bir alanda işçiye uzun süreli bir eğitimi temin etmek zorunda mıdır? Ya da işverenin yabancı dil bilmeyen bir işçiye yabancı dil öğrenmesi için eğitim vermesi zorunluluğu var mıdır? Doktrinde, her bir somut olayın özelliklerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve işçiye verilecek meslek içi eğitimin işverenden beklenebilir, ölçülü ve makul düzeyde olması gerektiği belirtilmektedir³⁴⁴.

³⁴⁰Ömer Ekmekçi, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", **Sicil Hukuk Dergisi**, S:14, 2009, ("Kısa Çalışma"), s. 58-59.

³⁴¹Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 93; Soyer, **Uygulama Sorunları**, s. 53-54.

³⁴²Engin, **İşletme Gerekleri**, s. 93-94; Güzel, **Keyfilik Denetimi**, s. 181.

³⁴³Yarg. 9HD, 2016/11653 E., 2017/10597 K., 15.06.2017 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁴⁴Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, s.198.

3.5.3.5 Ücretsiz İzin

Feshe alternatif olarak düşünülebilecek tedbirlerden bir diğeri de ücretsiz izindir. Ücretsiz izinde işçi ile işveren arasındaki iş akdi mevcudiyetini devam ettirir, fakat tarafların bu akitten kaynaklanan temel borçları ücretsiz izin süresinin sonuna kadar ertelenmiş kabul edilir. Başka bir deyişle, işçinin çalışma ve işverenin ücret ödeme borçları, ücretsiz izin boyunca askıda kalır. Ücretsiz izin süresinin bitmesi ile işçi ile işveren arasındaki iş akdi yeniden hüküm ifade etmeye başlar ve tarafların karşılıklı edim ve borçları tekrar başlar. Bu kapsamda ücretsiz izne çıkan işçinin, iş sözleşmesi halen devam ettiği için iş akdinin feshinden de kaçınılmış olunmaktadır. İşveren işçiye herhangi bir ücret ödemediği için de özellikle ekonomik zorlukta olan işverenler bakımından, ücretsiz izin feshe güçlü bir alternatiftir. Bununla beraber, ücretsiz iznin, işçinin ekonomik gelirinden mahrum kalması sebebiyle ağır bir yaptırım olduğu ve öncelikle daha hafif tedbirlerin denenmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Yargıtay da ücretsiz izin uygulamasının son çare ilkesi kapsamında kabul edilebilecek alternatif seçeneklerden bir tanesi olduğuna karar vermektedir. Yüksek mahkeme bir kararında, feshin yargısal denetimi yapılırken ekonomik nedenlerin sürekli olup olmadığının ve ücretsiz izin dahil son çare seçeneklerinin araştırılması gerektiğine hükmetmiştir³⁴⁵. Görüldüğü üzere bu kararda, Yüksek Mahkeme ücretsiz izinden bahsederken, “son çare seçenekler” terimini kullanmaktadır. Bu husus ücretsiz izindeki işçinin gelirinden mahrum kalması ve ücretsiz iznin ağır bir alternatif olmasının sonucudur. Başka bir kararında Yargıtay, son çare kapsamında işçiye ücretsiz izin teklif edilmesi ve işçinin de kabul etmemesi üzerine, son çare seçeneklerin dahi denendiği ve feshin geçerli olduğuna karar vermiştir³⁴⁶.

3.5.3.6. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçilmesi

İşçinin çalışma saatlerinin azaltılarak kısmi süreli çalışmaya geçirilmesi de feshe alternatif tedbirlerden birisidir. Bu durum özellikle işgücüne olan ihtiyacın kısmen ortadan kalktığı durumlarda söz konusu olacaktır. Bu halde, iş ilişkisinde esaslı bir

³⁴⁵Yarg. 9HD, 2019/736 E., 2019/9226 K., 18.04.2019 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³⁴⁶Yarg. 9HD, 2019/2021 E., 2019/9225 K., 18.04.2019 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

değişiklik olacağından, İK m. 22 hükmü uygulanmalı ve işçinin kısmi süreli çalışma uygulamasına yazılı rızası alınmalıdır³⁴⁷. Yargıtay da işverence çalışma süresinin azaltılmasını, feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde alternatif bir tedbir olarak kabul etmektedir³⁴⁸.

3.6. İş Sözleşmesi Feshedilecek İşçilerin Seçimi

İşletmesel karar neticesinde yapılan fesihler bazı durumlarda, bütün bir işyerinin kapanması sonucunu doğurmaktadır. Bu noktada bütün işçilerin iş sözleşmesi sona erdirileceğinden, hangi işçilerin seçileceği konusu bir sorun olarak karşımıza çıkmayacaktır. Ancak bütün işyerinin kapanması bir zorunluluk değildir. Diğer bir deyişle, işletmesel karar neticesinde, işyerinde çalışan çok sayıdaki işçiden yalnızca bazılarının hatta yalnızca bir tanesinin dahi iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkündür³⁴⁹. Peki bu durumda hangi işçinin iş sözleşmesinin feshedileceği hangi kriterlere göre belirlenecektir?

Hukukumuzda işletme gereklerine dayalı fesihlerde, sözleşmesi feshedilecek işçi seçiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, bazı yabancı hukuk sistemlerinde, örnek olarak Alman hukukunda, sözleşmesi sona erdirilecek işçinin hakkaniyete uygun şekilde belirlenebilmesi açısından "sosyal seçim kriterleri" kabul edilmiştir. Bu kriterler ile sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi bakımından işverene uyulması zorunlu sınırlamalar getirilmiş ve bu sınırlamaların temeline; yaş, emeklilik ve aile durumu gibi sosyal kriterler konulmuştur. Bu kriterler ile amaçlanan sosyal açıdan en güçsüz olanın feshe karşı korunmasıdır. Böylece, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü ile işçinin işini koruma arasındaki menfaatler dengesi korunmaya çalışılmaktadır. Sosyal seçim kriterlerinin bir diğer amacı ise, feshin olumsuz etkilerinden yalnızca işçinin değil, aynı zamanda toplumunda bir bütün olarak korunmasıdır³⁵⁰.

³⁴⁷Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, s. 273.

³⁴⁸Yarg. 22HD, 2018/1499 E., 2018/5714 K. 05.03.2018 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁴⁹Ulucan, **Sosyal Seçim**, s. 575 vd; Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.169; Birben, **Seçim Serbestisi**, s. 7.

³⁵⁰Detaylı bilgi için bkz. Vedat Laçiner, "Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları" **Yönetim Bilimleri Dergisi**, C:3 S:2, 2005, s.151, s.152. s. 153; Dilek Ünlü, **Türk ve Alman İş Hukukunda İşyeri, İşletme ve İşin Gerekleri ile Fesih ve Özellikle Sosyal Seçim Ölçütleri**, Yayınlanmış yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ocak 2016, s. 101 vd. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Gümrükçüoğlu, **a.g.e.** s.694.

Yargıtay'ın önceki dönemlerde verdiği bazı kararlarda sosyal seçim kriterlerinin uygulanması gerektiğine hükmettiğine rastlanmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay³⁵¹ sosyal seçim ölçütlerine ilişkin olarak; *"İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır"* şeklinde karar vermiştir³⁵². Yargıtay, eski tarihli bu kararlarında sosyal seçime kriterlerine uymaksızın gerçekleştirilen fesihlerin geçerli fesih olmadığını ifade etmektedir³⁵³. Söz konusu uygulamaya göre, sosyal seçimin temelindeki görüş feshin sonuçlarından en çok zarara uğrayacak olanların iş akitlerinin en son feshedilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sosyal seçim ölçütleri doktrinde, ölçütlerinin yasal bir dayanağının bulunmaması, hukuki belirlilik ve istikrar ilkelerine uygun olmaması ve kanunda düzenlenmeyen, içeriği ve koşulları muğlak bir yükümlülüğün işverene yüklenmesinin isabetli olmayacağı yönlerinden eleştirilmiştir. Sosyal seçim ölçütlerinin eleştirildiği diğer en önemli nokta ise, Yargıtay'ın, işvereni sosyal seçim kriterlerine uyduğunu kanıtlaması için bir ispat yükümlülüğü altına sokmasıdır³⁵⁴. Nitekim Yargıtay'ın bu uygulamasına örnek aldığı Almanya'da ispat yükü işçiye aittir³⁵⁵.

Bu eleştirileri dikkate alan Yargıtay zaman içerisinde sosyal seçim kriterlerinin uygulanmasına yönelik içtihadından dönmüş ve seçilecek işçi bakımından, hakkın kötüye kullanılması, hakkaniyet veya objektif kriterler gibi başkaca kriterlerin dikkate

³⁵¹Yarg. 9HD, 09.10.2006 T. sayılı kararı, 2006/17907 E., 2006/26027 K. sayılı kararı; Birben, **Seçim Serbestisi**, s.15; Ali Güzel / Emre Ertan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", **Legal İHSGHD**, S.16, 2007, s. 1279 ("Sosyal Seçim Ölçütleri").

³⁵²Sosyal Seçim kriterlerinin uygulandığı kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 9HD, 2006/2894 E. 2006/6224 K. 13.03.2006 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD 2005/28126 E. 2005/30447 K.19.09.2005 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2006/4878 E. 2006/8253 K. 03.04.2006 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2006/1999 E. 2006/5479 K. 06.03.2006 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD 2006/17907 E. 2006/26027 K. 09.10.2006 T. sayılı kararı; Yarg. 9HD, 2006/10807 E. 2006/13509 K. 15.05.2006 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁵³Yarg. 9HD, 2006/17907 E., 2006/26027 K., 09.10.2006 T. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com); Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.169.

³⁵⁴Yarg 9.HD, 2006/14130 E., 2006/16085 K. 05.06.2006 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com); Kıvrakdal, **a.g.e.**, s.171 vd.

³⁵⁵Birben, **Seçim Serbestisi**, s.16; Çelik, **Eşit Davranma Borcu**, s.8. Çelik' göre; Yargıtay, sosyal seçim kriterlerini uyguladığı kararlarında dahi, sosyal seçim kriterlerine başkaca ek kriterler eklemek suretiyle, sosyal seçim kriterlerine duyduğu güvensizliği göstermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme bu güvensizliği neden duyduğuna veya ek birtakım kriterlere neden ihtiyaç duyduğuna dair bir gerekçe belirtmemiştir.

alınması gerektiğine hükmetmiştir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında; “...yapılması gereken iş birleşme nedeniyle işgücü fazlalığının doğup doğmadığının belirlenmesi, daha sonra işverence belirlenen kriterlerin objektif ve hakkaniyetli şekilde uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesidir.”³⁵⁶ şeklinde hüküm kurularak, objektif kriterlerden ve hakkaniyetten bahsedilmektedir. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında da bu içtihadını sürdürdüğü, mevcut hukuk düzenimiz bakımından sosyal seçim kriterlerinin bulunmadığı, ancak işveren tarafından fesih yapılırken belirli kriterlere uyulduğu ifade edilmişse, bu durumda denetimin yapılacağını kabul ettiği görülmektedir³⁵⁷.

Katıldığımız görüş uyarınca, İş Kanunu'nda iş sözleşmesi feshedilecek işçiye ilişkin olarak herhangi bir kriterin belirlenmemiş olması, sosyal seçim kriterlerinin uygulanmasına engel olmamalıdır. Nitekim doktrinde isabetli olarak, iş güvencesi sisteminin benimsendiği çoğu Avrupa ülkesinde, yasada açık hüküm bulunmadığı dönemlerde bile, yargı kararlarıyla sosyal seçim ölçütleri kabul edildiği belirtilmektedir³⁵⁸. Hukukumuzda da iş güvencesi sistemi benimsenmiş ve işçinin feshe karşı en etkili şekilde korunması amaçlanmıştır. Sosyal seçim kriterlerinin hakkaniyeti amaçladığı ve feshe karşı korumanın etkisini arttırmak amacı taşıdığı ortadadır³⁵⁹. Diğer yandan, Yargıtay'ın sosyal seçim kriterlerine alternatif olarak benimsediği, “objektif kriter”, “hakkaniyet” ve “dürüstlük kuralı” gibi kriterler muğlak ve çoğu zaman ne anlama geldiği tam olarak belirlenemeyecek kavramlardır.

Örnek olarak, işe yeni girmiş veya uzun yıllardır çalışan iki işçiden hangisinin çıkarılması gerektiği konusunda, hakkaniyet kriteri nasıl bir cevap verecektir? İşe yeni girenin, ücrete daha çok ihtiyacı olduğu savunulabilecekken, diğer yandan uzun yıllardır çalışan işçinin işini korumasının daha hakkaniyetli olduğu hususu da savunulabilecektir. Ya da benzer olarak, emeklilik, yaş veya aile durumu gibi kriterler, objektif kriter denilen ancak tanımı yapılmayan ölçütün içerisinde yer alacak mıdır?

³⁵⁶Yarg. 9. HD. E. 2006/32546, K. 2007/4329, T. 19.2.2007 (www.kazanci.com).

³⁵⁷Yarg. 7HD. 2015/45017 E., 2016/8366 K. 14.04.2016 T. sayılı kararı. Yarg. 22HD. 2015/32407 E. 2016/1079 K. 19.01.2016 T. sayılı kararı. Yarg. 7HD. 2015/32128 E., 2016/626 K., 21.01.2016 T. sayılı kararı. Yarg. 22 HD 2016/16958 E., 2016/18809 K., 22.06.2016 sayılı kararı; Yarg. 7HD 2015/31969 E., 2016/3669 K., 18.02.2016 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁵⁸Kıvrakdal, **a.g.e.**, s. 174.

³⁵⁹Taşkent, **Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler**, s.23.

Bütün bu belirsizlik ve Yargıtay'ın benimsediği muğlak kriterler, uygulamada işverenlerin, işçi seçiminde keyfi davranma ihtimalini arttırmaktadır.

Doktrinde sosyal seçim kriterleri kapsamında tartışılan güncel bir diğer konu ise, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kapsamındaki düzenlemelerdir³⁶⁰. TİHEKK m. 1 uyarınca bu kanunun amacı, insan haklarının korunması, geliştirilmesi, ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamele görme hakkının güvence altına alınmasıdır. Yine TİHEKK m.7/1-f uyarınca, bu kanun kapsamında ayrımcılık iddiaları; “Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele” durumlarında ileri sürülemeyecektir. Yani kanun kapsamında, eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik olarak pozitif ayrımcılık yapılabileceği belirtilmektedir.

Bu kapsamda TİHEKK m.7/1-f bendinin, işe alımda, iş sözleşmesinin devamında ve sona ermesinde pozitif ayrımcılık yarattığı belirtilmektedir. Nitekim bu bent uyarınca, iş sözleşmesi feshedilirken, dezavantajlı olan gruplara toplumda zaten var olan eşitsizliği önlemek adına avantaj sağlanması ve işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bu hususun dikkate alınması mümkün olacaktır³⁶¹. TİHEKK uyarınca, işverenler tarafından eşitliği sağlamak adına farklı işlem uygulanması ve sosyal olarak zor durumda olan işçilerin, diğerlerine nazaran fesihten daha fazla korunması, tam olarak da sosyal seçim kriterlerinin temelinde yatan görüşü oluşturmaktadır. Madde bu haliyle sosyal seçim kriterlerine, Türk hukuku bakımından kanuni dayanak teşkil edebilecek niteliktedir.

3.7. Toplu İşçi Çıkarma

3.7.1. Kavram ve Hukuki Nitelik

Çok sayıda işçinin istihdam edildiği işletmelerin ekonomik zorluklarla karşılaşmaları durumunda, işgücü fazlasının işçilerin geneline yayılmış şekilde ortaya çıkması mümkündür³⁶². Bir işçinin herhangi bir sebeple işini kaybetmesi durumunda,

³⁶⁰ Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 243 vd.

³⁶¹ Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 244.

³⁶² Devrim Ulucan, “Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında İşçinin Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü-İstanbul Barosu Başkanlığı”, 3-4 Nisan 1998, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 1999, s.57 (“Toplu İşçi Çıkarmalar”).

o işçi açısından ağır ekonomik ve sosyal sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar iş güvencesi hükümleri ile giderilmeye çalışılmaktadır. Bununla beraber, çok sayıda işçinin aynı anda istihdam olanağını kaybetmesi, bireysel sonuçların yanında toplumsal huzursuzluklara, sosyal ve siyasi patlamalara yol açabilecek niteliktedir. Bu sebeple hem ülkemizde hem de başka ülkelerde toplu işçi çıkarma konusunu, menfaatler dengesini gözeterek şekilde ele alan mevzuat hükümleri ihdas edilmiştir³⁶³.

Türk İş Hukuku mevzuatında, toplu işçi çıkarmaya ilişkin ilk düzenlemenin 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu'na, 1951 tarihli ve 5518 sayılı Kanunla eklenen ek düzenlemeyle getirildiği belirtilmektedir³⁶⁴. Günümüzde toplu işçi çıkarma, temel hatlarıyla İK m.29'da düzenlenmiştir. Bu hükümde de toplu işçi kavramı ve toplu işten çıkarma kavramları da doğrudan tanımlanmış değildir. Bu madde içeriğine bakıldığında toplu işçi çıkarma; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu, işyerinde çalışan işçi sayısı 20 ila 100 arasında en az 10, 101 ila 300 işçi arasında en az %10 oranında, 301 ve daha fazla ise en az 30 işçinin işine m.17 uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesidir (m.29/1, 2). Başka bir deyişle toplu işçi çıkarma kavramı; İK m.29'da yer alan işten çıkarma nedenlerinden birisine dayanarak ve işyerinde çalışan işçi sayısına bakılarak belli sayıda çalışanın işine belli bir süre içinde işverenin son vermesi şeklinde tanımlanabilir³⁶⁵.

Kural olarak, iş sözleşmesinin feshi, bireysel fesih şeklinde görülür ve her işçi açısından fesih işlemi tek tek uygulanır³⁶⁶. Bunun yanında, yukarıda açıklandığı gibi özellikle çok sayıda işçinin çalıştığı büyük şirketler için ekonomik niteliğe sahip işten çıkarmaların toplu olarak yapılması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim özellikle çok uluslu büyük şirketler için birkaç işçinin çıkarılması, ekonomik zorluğu aşmak için yeterli olmayacaktır. Bu noktada toplu işçi çıkarma prosedürünün, iş sözleşmelerinin bireysel olarak feshinden farklı bir hukuki niteliği olup olmadığı konusu yanıltıcı

³⁶³Sevgi Dursun, **Toplu İşçi Çıkarma**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s.4-5.

³⁶⁴Ulucan, **Toplu İşten Çıkarmalar**, s.58.

³⁶⁵Öner Eyrenci, "Toplu işçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.553 ("Toplu İşçi Çıkarma").

³⁶⁶Ufuk Aydın, Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.653; Murat Engin, "Toplu İşçi Çıkarma, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri", **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu- İstanbul Barosu Yayınları**, 2.Baskı, İstanbul, 2003 ("Toplu İşçi Çıkarma") s.65.

olabilir. Esas itibariyle toplu işçi çıkarmada iş sözleşmeleri ortaklaşa sona ermemekte, bilakis her bir işçinin iş sözleşmesinin ayrı şekilde feshedildiği kabul edilmektedir.

İşçi ya da işverenin tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesi sonlandırılabilir. Fesih bildirimi, taraflardan birinin iş sözleşmesini sonlandıran tek taraflı irade beyanıdır³⁶⁷. Fesih beyanı, hukuki niteliğine bakıldığında, bozucu yenilik doğuran bir hak olup, bu beyanın açık ve belirli olması gerekir. Bildirimli fesih, belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmelerinde başvurulabilen ve belli bir sürenin geçmesinden sonra sözleşmeyi sonlandıran irade beyanıdır (İK. m.17/1). Bildirimli fesihte, sözleşmenin feshini talep eden taraf, sözleşmeyi sonlandıracağını önceden bildirmelidir. Sözleşme, bildirim süresinin dolmasıyla sona erer (İK. m.17/3)³⁶⁸. Bildirimli fesih hakkı, sözleşme sürdüğü müddetçe her zaman kullanılabilir. İK m. 29’da düzenlenen ve toplu işçi çıkarmaya ilişkin fesihler de İK m. 17 uyarınca gerçekleştirilen bildirimli fesihlerdir. Bununla beraber, İK m.29’daki işçi sayısı ya da oranı, işten çıkarmanın toplu işten çıkarma niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemektedir.

İK m. 29/1’de toplu işçi çıkarmada geçerli fesih nedenleri olarak; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme gerekleri gösterilmiştir. Dolayısıyla, İK m.29’un tatbiki için bu geçerli nedenlerin bulunması gerekmektedir. İşyeri ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplere dayanan feshin neticeleri, bu hükümde de görülmektedir. İşçinin fesih sebebiyle, yasadan kaynaklı kıdem tazminatı ve başka tüm hakları toplu işten çıkarılan işçiler için de geçerlidir³⁶⁹. Yine aynı şekilde, İK m. 29’da “işletme, işyeri ve işin gerekleri” ifadelerine yer verilerek, İK m.18/1’e uyum sağlanması amaçlanmıştır. İK m.29’de toplu işçi çıkarmalardan söz edilirken, işçilerin iş güvencesi düzenlemelerinden faydalanıp faydalanmadığına bakılmamaktadır.

3.7.2. Toplu İşçi Çıkarmanın Koşulları

³⁶⁷Binnur Tulukçu, “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.1, Ocak 2002, s.556.

³⁶⁸İK m.17/3: “1) İş 6 aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin karşı tarafa yapılmasından başlayarak 2 hafta sonra, 2) İş 6 aydan 1,5 yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin karşı tarafa yapılmasından başlayarak 4 hafta sonra, 3) İş 1,5 yıldan 3 yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin karşı tarafa yapılmasından başlayarak 6 hafta sonra, 4) İş 3 yıldan fazla sürmüş olan işçi için, bildirimin karşı tarafa yapılmasından başlayarak 8 hafta sonra sona erer. Kanun’da düzenlenen bildirim süreleri asgari sürelerdir”.

³⁶⁹Eyrenci, **Toplu İşçi Çıkarma**, s.563; Engin, **Toplu İşçi Çıkarma**, s.68.

Toplu işçi çıkarmanın yapılabilmesi için bazı koşulların meydana gelmesi gerekir. Bunlardan birincisi, toplu işçi çıkarmanın dayanağı olan ve bunu gerektiren bir durum ya da bir olgunun meydana çıkmasıdır. Bu durum, İK m.29 uyarınca, “ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gereği” olarak işyerinin bir bölümünün kapatılması veya otomasyona geçilmesi gibi durumlardır³⁷⁰.

Yukarıda detaylı olarak ele alındığı üzere, ekonomik güçlükler nedeniyle yapılan fesihlerde kontrol edilmesi gereken ilk husus, bu güçlüğü gerçek ve ciddi olup olmadığının araştırılmasıdır. Gerçek ekonomik güçlükten, işletmenin faaliyetlerinde önemli ve sürekli düşüş, mali kaynak ya da üretim açığı, faaliyetini bozacak şekilde müşteri kaybı gibi işletmeyi etkileyen ekonomik kriz anlaşılmaktadır³⁷¹. Ciddi bir sebep ise, işletmeye zarar vermeksizin iş ilişkisinin sürmesini olanaklı kılmayan bir sebeptir. Şirket satışlardaki geçici ve basit bir azalma, ciro ve kârda geçici ve zayıf düşme, faaliyetlerdeki küçük azalma, kısaca geçici ekonomik güçlükler ciddi kabul edilmemektedir³⁷².

Teknolojik sebepler ise üretim süreçlerinin yeni teknolojik ilerlemeler ve tüketici istekleri kapsamında uyarlanması, yeni makine ve ekipmanın veya robot üretim sistemleri nedeniyle bazı işçilerin istihdamına gerek duyulmaması gibi nedenler fesih açısından geçerli neden olarak kabul edilmektedir³⁷³. Yapısal nedenler ise gerçek ve ciddi bir ekonomik kriz veya teknolojik yenilik haricinde, işletmelerin ürün fiyatlarını düşürerek rekabet yeteneğini yükseltmek, böylece daha geniş pazar payına sahip olmak için işgücü maliyetini düşürmek ve bu sebeple, yeniden yapılanmaya gitmeleri, fesih sebebi olarak kabul edilmektedir³⁷⁴.

Toplu işçi çıkarma usulüyle ilgili bir diğer koşul; işverenin toplu işçi çıkarmak amacıyla hareket ettiğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili Bölge Müdürlüğü'ne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmesidir (İK

³⁷⁰Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s.585.

³⁷¹Engin, **İşletme Gerekleri**, s.52.

³⁷²Engin, **İşletme Gerekleri**, s.52.

³⁷³Yarg. 9HD, 2004/8101 E., 2004/24512 K. ve 01.11.2004 T. sayılı kararı (<https://www.sinerjias.com.tr/>).

³⁷⁴Engin, **İşletme Gerekleri**, s.53; Yarg. 9HD, 2006/7086 E., 2006/8974 K. ve 10.04.2006 T. sayılı kararı (<https://www.sinerjias.com.tr/>).

m. 29/1). Bu bildirimde işten çıkarılacak işçi sayısı ve çıkarmanın nedeni ile işten çıkarmanın yapılacağı zamanın yazılması zorunludur (İK m. 29/3).

İşveren, bildirimde bulunmasından sonra konuya ilişkin işyeri sendika temsilcileriyle de bir görüşme yapmakla mükelleftir (İK m. 29/4)³⁷⁵. İşveren, ilgili kişi ve kurumlara bildirim yaptıktan sonra, işyerindeki işçi sayısı; 20-100 arasında ise en az 10 işçinin; 101-300 arasındaysa en az bunun %10'u oranında işçinin; 301 ve daha fazlaysa da en az 30 işçinin, işten çıkarılması şarttır (İK m.29/2). Kanunda belirtilen sayıda işçinin işveren tarafından İK m. 17 uyarınca işten çıkarılması halinde bildirimli fesih veya peşin parayla fesih yolunun işletilmesi gerekecektir³⁷⁶. Toplu işten çıkarmadaki sayıya; İK m. 10'da yer alan ve nitelikleri bakımından en çok 30 iş günü süren süreksiz işlerde çalıştırılan işçiler, işyerindeki geçici işçiler, deneme süresi içinde iş sözleşmeleri sonlandırılan işçiler, İK m. 25 uyarınca haklı veya derhal fesih sebepleriyle iş sözleşmeleri sonlandırılanlar ve mevsim ile kampanya işlerinde çalışan işçiler dahil edilmezler³⁷⁷. İşverenin İK m.29'a aykırı şekilde, yani bildirim ve danışma yükümlülüklerini ifa etmeden, toplu işçi çıkarması halinde her işçi için idari para cezası verilecektir.

3.8. Birden Fazla Sebebin Bir Arada Bulunması Halinde Denetim

3.8.1. Genel Olarak

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde, işverenin aldığı işletmesel kararda birden fazla sebebin aynı anda bulunması mümkündür. Bu sebepler işyeri içinden veya işyeri dışından birden fazla sebebin birleşmesi şeklinde olabileceği gibi, aynı türden sebeplerin (işyeri içinden birden fazla sebep veya işyeri dışından birden fazla sebep) bir araya gelmesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. İK m. 18 gerekçesinde de işyeri içinden ve dışından kaynaklı geçerli fesih nedenleri aynı anda oluşabileceği açıkça belirtilmiştir.

Çoğu zaman işyeri dışından kaynaklanan nedenler, işyeri içinde de birtakım tedbirlerin alınmasını zorunlu kılabilir. Örnek olarak, küresel çapta müşteri

³⁷⁵Eyrenci, **Toplu İşçi Çıkarma**, s.556-558.

³⁷⁶Dursun, **a.g.e.** s.34.

³⁷⁷Eyrenci, **Toplu İşçi Çıkarma**, s.556.

alışkanlıklarının değişmesi; işvereni dijital platformları daha fazla kullanmaya ve bunun sonucu olarak sosyal medya platformlarını geliştirerek fiziki satış veya pazarlama yapan elemanlarını işten çıkarmaya yönlendirebilir. Veyahut ekonomik zorlayıcı sebepler, işletmedeki bazı departmanların küçülmesine veya tamamen ortadan kalkmasına neden olabilmektedir. Bu noktada, işverenin aldığı kurucu işletmesel karar, esas itibariyle piyasa şartlarına yönelik olacağından, bu şekildeki kararlarda işyeri içi ve dışı sebeplerin çoğu zaman birlikte bulunması söz konusu olacaktır³⁷⁸.

İşveren, işyeri içinden veya dışından kaynaklı nedenlerden koşulları varsa dilediğine istinaden sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu noktada takdirin işveren ait olacağı söylenmektedir³⁷⁹. Bununla beraber, işverenin esas olarak hangi sebebe dayandığının açık ve net bir şekilde belirlenmesi yargısal denetimin doğru şekilde yapılması açısından önem arz etmektedir. Nitekim, işletmesel kararı denetleyecek mahkeme, birden fazla fesih sebebi öne sürüldüğünde, hangi fesih sebebini denetleyeceğini açık bir şekilde görmelidir³⁸⁰. Burada fesih nedeninin öne sürülmesinin somut hali olan yazılı fesih ihbarı önem kazanacaktır³⁸¹.

Bu noktada, yargısal denetimin doğru ve tatmin edici bir şekilde yapılabilmesi için, fesih bildirimi İş Kanunu'nda yer alan kurallara uygun olarak hazırlanmalıdır. İşveren, iş güvencesine tabi olan iş ilişkilerinde fesih ihbarını ancak ve ancak yazılı olarak yapabilir ve fesih nedenini de açık ve kesin bir şekilde bildirmek zorundadır. Fesih bildiriminde, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi, tutarlılık denetiminde işverene ve keyfilik denetiminde de işçiye ispat kolaylığı sağlayacaktır³⁸². İşverence açık ve kesin bir fesih sebebi belirtilmeden ve yazılı şekilde yapılmayan fesih bildirimleri ise, fesih sebebini tutarlı veya keyfi olmaması dahi incelenmeden geçersiz olarak kabul edilecektir³⁸³. Yargıtay içtihatları uyarınca da, işveren fesih bildirimini yazılı şekilde yapmak ve yapılan bu bildirimde fesih nedenini açık bir

³⁷⁸Ulucan, **Ekonomik ve Teknolojik Nedenler**, s.7.

³⁷⁹Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 139.

³⁸⁰Tankut Centel, **İş Güvencesi**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s. 123 ("İş Güvencesi");

³⁸¹Şen, **a.g.e.** s. 376; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 140 vd.

³⁸²Centel, **İş Güvencesi**, s.123.

³⁸³Levent Dinçer, **a.g.e.**, s.1; Şen, **a.g.e.**, s. 376 vd; Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", **Çimento İşveren Dergisi**, C. XVII, S.1, 2003, s.9; Ekmekçi, **Uygulama Sorunları**, s. 108; Gaye Baycık, "Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", **AÜHFD**, C.55, S.1, 2006, s.116.

şekilde belirtmek zorundadır³⁸⁴. Yüksek mahkemeye göre yazılı şekil, açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonlarına sahiptir. İşveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorundadır ve fesih nedenlerini de yazılı olarak göstermekle yükümlüdür. Açık ve kesin fesih nedeninin belirtilmemesi, İK m.21 kapsamında feshin geçersizliğine yol açar³⁸⁵.

Fesih sebebinin işverence açık şekilde gösterilmesi, fesih bildiriminde fesih nedenini açıklarken açık olmayan ve muğlak anlatımların yer almaması anlamını taşır. Başka bir deyişle iş akdinin fesih nedeni, belli bir somut olay veya durum biçiminde ve tartışmasız bir açıklıkta belirtilmelidir³⁸⁶. Bu bağlamda fesih bildirimlerinde yer alan "görülen lüzum üzerine", "ekonomik gerekçelerle", "malum sebeplerle" veya "işletme gerekleriyle" şeklindeki ifadeler fesih sebebinin taşınması gereken açıklığı sağlamayacaktır³⁸⁷. Yargıtay, davalı işverenin davacı işçinin iş akdini "Yönetim Kurulu'nun (...) tarihli kararı gereği Disiplin Komitesinin kararı uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca" feshettiğini belirten fesih bildirimini de İK m. 19' a uygun bulmamıştır³⁸⁸. Kanaatimizce, eğer işçiye fesih bildirimini ile yönetim kurulu kararı da tebliğ ediliyorsa, yönetim kurulu kararının fesih bildirimimin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilebildiği hallerde farklı bir yorumun benimsenmesi mümkündür³⁸⁹.

Fesih bildiriminde işverenin yalnızca İK m.18'de öngörülen nedenlerden birinin adını tekrar etmesi fesih nedenini açık şekilde belirtmesi açısından yeterli değildir. Yalnızca kanun maddesi gösterilerek gerçekleştirilen fesihler de geçerli kabul edilmemektedir³⁹⁰. Doktrinde özellikle toplu işçi çıkarmalarında, açık ve kesin sebep gösterme zorunluluğunun detaylı bir biçimde bir neden gösterme zorunluluğu şeklinde kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiş, örneğin ekonomik gerekçelerle toplu işçi çıkarılan bir işyerinde iş sözleşmesi feshedilen her işçiye ekonomik nedenlerin tek tek ve detaylarıyla açıklanmasının gerekmediği ve işçiye işletme gerekleri nedeniyle iş

³⁸⁴Yarg. 9HD, 2007/26203 E. 2008/5305 K. 18.03.2008 T. sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yarg. 22HD, 2014/11693 E. 2014/12407 K. 12.05.2014 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁸⁵Yarg. 7HD, 2015/36775 E. 2016/1938 K. 08.02.2015 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁸⁶Baycık, **Fesih Sebebinin Değiştirilmesi**, s. 116; Centel, **İş Güvencesi**, s. 124.

³⁸⁷Çelik / Caniklioğlu/ Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, s. 456.

³⁸⁸Yarg. 9HD, 2007/7891 E., 2007/17684 K., 04.06.2007 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

³⁸⁹Zeki Delikaya, "Yargıtay Kararları Işığında İş Akdinin Feshi Usulü", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXXVI, S.3, 2012, s. 145; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 144; Yazarlara göre, işverence düzenlenen fesih ihbarında "ekli yazıda yer alan nedenlerden dolayı" biçiminde bir ibarenin yer alması halinde işverenin imzasını, açık ve kesin bir biçimde fesih nedenlerini içeren bir belgenin de fesih ihbarı ile işçiye verilmesinin yeterli olarak kabul edilmesi gerekir.

³⁹⁰Centel, **İş Güvencesi**, s. 124-125; Göktaş, **İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi**, s. 32.

sözleşmesinin feshedildiğinin bildirilmesinin yeterli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁹¹. Kanaatimizce, toplu fesih yapılması halinde eğer iş sözleşmesi feshedilen işçilerin fesih nedenleri arasında ayniyet veya benzerlik varsa, bu ortak fesih nedeninin detaylı bir şekilde her işçiye açıklanması uygun olacaktır. Nitekim toplu fesih halinde neden genel itibariyle ekonomik zorluklar olduğundan, yapılan fesihlerin yargısal denetimi açısından söz konusu ekonomik zorlukların somutlaştırılması önem arz etmektedir.

İK m.19'da yer alan fesih nedeninin kesin olması ibaresi ise işverenin gösterdiği fesih nedeni ile bağlı olması ve bu nedeni sonradan değiştirememesi anlamına gelmektedir³⁹². Mahkeme, işe iade dosyasında fesih ihbarında önceden işverence ileri sürülmüş fesih nedeni ile sınırlı bir şekilde denetim gerçekleştirecektir. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshi sırasında bulunmakla birlikte işverenin bilmediği ve bu nedenle fesih ihbarında öne sürülmeyen fesih nedenleri, fesih ihbarından sonraki bir dönemde öğrenilse bile işveren, bu yeni fesih nedenine işe iade davasında dayanamaz. Çünkü işveren, fesih nedenlerini fesih bildiriminde açık ve kesin biçimde bildirdiğinden bunlarla bağlıdır³⁹³. Yargıtay içtihatları uyarınca da işverenin ileri sürdüğü fesih sebebi kesindir ve işveren bu sebep ile bağlıdır³⁹⁴.

3.8.2. İşyeri İçinden Kaynaklanan Birden Fazla Sebebin Toplanması

İşverenin işletmesel kararında dayandığı fesih nedenlerinin birden fazla olabileceğini belirtmiştik. Bir araya toplanan bu fesih nedenlerinin her biri işyeri içinden kaynaklanan fesih nedeni şeklinde karşımıza çıkabilir.

Doktrinde bu duruma örnek olarak, işverenin işletmesinde birden fazla mal üretmesi ve bunun sonucunda işyerini üretilen her bir mala özgülemiş olduğu durumlar örnek verilmektedir³⁹⁵. İşyerini değişik mallar üreten iki veya daha fazla kısım olarak örgütleyen işverenin, daha sonradan ürettiği bu ürünlerden birine yoğunlaşmak ve o

³⁹¹Ömer Ekmekçi, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İHSGHD**, S.1, 2004, s.165 vd. ("Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi").

³⁹²Centel, **İş Güvencesi**, s. 125; Baycık, "Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", s. 116 vd.

³⁹³Baycık, **İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi**, s. 117.

³⁹⁴Yarg. 9HD, 2013/5262 E., 2013/20620 K., 05.07.2013 T. sayılı kararı (www.kazanci.com).

³⁹⁵Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 150 – s. 151.

üründe uzmanlaşmak istemesi üzerine diğer bölümleri kapatmaya karar vermesi durumunda yalnızca işyeri içinden kaynaklanan sebeplerle alınmış bir işletmesel karar mevcuttur. Bu gibi durumlarda işveren, belirli bir bölümde veya üretim bandında faaliyetini durdurabilir ve hatta ilgili ürünün üretimine özgülenmiş olan işyerleri varsa bu işyerlerini kapatma kararı almış olabilir. Yine işveren bu kararına ek olarak (belirli bir ürünün üretiminin durdurulmasına ilişkin karar), yoğunlaşacağı ürünün üretimini yurtdışına kaydırmaya veya belirli bölümlerini alt işverene devrine de karar verebilir. Bütün bu kararlar, işverenin teşebbüs özgürlüğü kapsamında alabileceği işletmesel kararlardan biridir.

İşvereni bu kararları alırken yönlendiren işyeri dışından doğan hiçbir neden olmayabilir. Bu halde işveren ilgili kısmın tasfiyesini gerçekleştirirken, yalnızca kendi işletmesel kararı olan bu bölüm kapatma kararını esas almaktadır. Bu tip durumlarda işyerinin dışından kaynaklanan herhangi bir sebebin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Mahkemece işyeri içinden alınan ve bir araya toplanan her bir karar bağımsız bir kararmış gibi ele alınacak ve o karara bağlı olarak feshedilen iş sözleşmelerinin yargısal denetimi yapılacaktır.

Yargıtay da işyerinin içinden kaynaklı nedenlerin incelenmesinde, "*İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır (...) İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır.*" demek suretiyle, bir dış neden bulunmadan alınan kararlarda, iş yeri haricinden gelen etmen olup olmadığının araştırılmayacağını hüküm altına almıştır³⁹⁶.

3.8.3. İşyerinin Dışından Kaynaklanan Birden Fazla Sebebin Toplanması

Fesihin, yalnızca işyeri haricinden kaynaklanan nedenlerle yapılması da mümkündür. Hatta işyeri dışından birden fazla sebebin bir araya toplanması da ihtimal

³⁹⁶Yarg. 9HD, 2014/18482 E. 2015/600 K. 27.01.2015 T. sayılı kararı; Yarg. 22HD, 2013/1920 E. 2013/2980 K. 14.02.2013 T. sayılı kararı (www.kazanci.com); Bknz aynı yönde; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 151 vd.

dahilindedir. Örnek olarak, teknolojik gelişmeler sebebiyle ilgili sektörde verimliliğin düşmesi ve işletmenin ekonomik krize girmesi hali bu şekildedir. Bu gibi durumlarda, işveren hem işletmesini ekonomik darboğazdan kurtarmak hem de teknolojik gelişmelere ayak uydurmak zorundadır. Bu halde her iki sebep iç içe geçmiştir ve birbirini etkilemektedir. Bu gibi durumlarda yapılacak olan yargısal denetimde, işverenin fesih bildiriminde hangi sebebe dayandığı incelenmeli ve buna ilişkin yargısal denetim yapılmalıdır. Eğer mahkeme her iki sebebin iç içe geçtiği kanaatindeyse, bu takdirde her iki sebebe ilişkin olarak, tutarlılık, keyfilik ve son çare denetimlerini uygulamalıdır.

Diğer yandan, işyeri harici nedenler ancak ve ancak işgücü fazlalığı yarattığı minvalde fesih sebebi olarak değerlendirilecektir. Bunun nedeni, işletmeye herhangi bir etkisi olmayan, işgücü fazlası yaratmayan bir işyeri dışı nedenin, fesih sebebi olarak kabul edilmesinin, esasen alınan işletmesel kararın keyfi olduğu anlamına geldiğidir. Yani işyeri dışından kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerin yargısal denetiminde, işyeri dışından kaynaklanan bu neden mutlaka işyerinde işgücü fazlası oluşturmalıdır³⁹⁷.

Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadına göre;³⁹⁸ *"İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır"*. Yargıtay bu kararda işletmesel bir karara atıfta bulunmamış ve işyeri haricinden kaynaklı nedenlerin işçinin işi üzerindeki doğrudan etkisi olması gerektiğini vurgulamıştır³⁹⁹.

3.8.4. İşyerinin İçinden ve Dışından Kaynaklanan Birden Fazla Sebebin Toplanması

İşletme gerekleri ile yapılan fesihlerde, çoğu zaman işyeri dışından ve içinden kaynaklanan nedenler bir arada bulunmaktadır. Bunun nedeni, temel olarak bir işyeri dışından kaynaklanan neden olarak karşımıza çıkan ekonomik zorlukların, çoğu zaman

³⁹⁷Bağcı, **a.g.e.** s. 32; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 162 vd.

³⁹⁸Yarg. 7HD, ,2013/13697 E., 2013/10453 K. 05.06.2013 T. sayılı kararı (www.lexpera.com).

³⁹⁹Kıvrakdal, **a.g.e.** s.163; Taşkent, **Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler**, s.22.

departman veya bölüm kapanması gibi işyeri içinden kaynaklanan nedenlere kapı açmasıdır⁴⁰⁰. Bu gibi durumlarda hem işyeri dışından hem de işyeri dışından birden fazla sebebin bir araya toplanması söz konusudur. Uygulamada, işverenlerin aldığı işletmesel kararlara sıklıkla bu iki sebebi birlikte yazdıkları görülmektedir. Peki bu durumda mahkemece yargısal denetim nasıl yapılacaktır?

Doktrin ve Yargıtay'ın bu konudaki genel kanısı, bu gibi durumlarda her iki sebep açısından da yargısal denetimin yapılması gerektiği yönündedir. Yani ekonomik zorlayıcı sebeplerin; sipariş ve/veya satışlarda azalmaya neden olup olmadığı, üretimi eskisi gibi devam ettirme imkânının kalıp kalmadığı ve bunun sonucunda işverenin aldığı işyeri içi tedbirlerin (departman kapatma, üretimi durdurma gibi) tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı birlikte incelenmelidir. Çünkü ancak bu durumda feshin tutarlı bir şekilde yapılıp yapılmadığı tam olarak ortaya konulabilecektir^{401, 402}.

⁴⁰⁰ Alp, **Hizmet Akitleri**, s.103.

⁴⁰¹ Engin, **İşletme Gereklere**, s.73; Kıvrakdal, **a.g.e.** s. 153. Bknz. Aynı yönde; Yarg., 7HD 2014/18482 E., 2015/600 K., 27.01.2015 T. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

⁴⁰² Murat Özveri, "Ekonomik Kriz 4857 Sayılı İş Yasası ve Yargı Kararları", **Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyum- 2009**, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, s. 47.

SONUÇ

Çalışma kapsamında, çok farklı hukuki niteliklere sahip fesih sebepleri arasından, işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin korunmasının son derece güçlük arz ettiği işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihler incelenmiştir. İşletme gerekleri ile yapılan fesihler incelenirken, bu fesih sebebinin diğer fesih sebepleri karşısındaki durumu, işletmesel karar kavramı ve türleri, feshe dayanak teşkil eden gerekçeler ve yapılan feshin yargısal denetimi güncel görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınarak tek tek ele alınmıştır.

İşletme gerekleri ile yapılan fesihler, işçi ile işveren menfaatinin yoğun şekilde karşı karşıya geldiği bir hukuki kurumdur. İşletmenin iktisadi riskini üzerinde taşıyan işveren, işletmesini özgürce idare etmek istemekte ve en verimli yönetsel planı aramaktadır. Bazen ise amaç, ekonomik krizlerde veya son dönemlerde bizzat şahit olduğumuz üzere küresel salgınlar gibi mücbir sebeplerde, işletmeyi ayakta tutmaktır. Verimliliğe yönelmiş bu amaç, terazinin işveren kısmındaki haklı gerekçesidir. Diğer yanda ise, kendisinin ve ailesinin geçimi aldığı ücrete bağlı olan işçinin, çalışma ve iş güvencesi hakları bulunmaktadır. İşverenlere sınırsız özgürlük tanımak, işçinin iş güvencesini anlamsız kılacak ve toplumda parçalanmaya sebep olacaktır. Bu haklı gerekçelerin dengede tutulması, işletme gerekleri ile yapılan fesihlerde kullanılan kavramların hukukçularca doğru anlaşılması ile mümkün olacaktır.

Çalışmamızda, öncelikle işletme gerekleri ile yapılan fesihlerin, diğer fesih türleri karşısındaki durumu incelenmiştir. Bu kapsamda, fesih türleri, kanundaki genel ayrımlara riayet edilerek gruplandırılmış ve işletme gerekleri ile feshe gelene kadar alt başlıklara indirgenmiştir.

Çalışmamızın diğer bölümlerinde ise, öncelikle işletme gerekleriyle yapılan fesihlerin hukuki dayanağını teşkil eden işletmesel karar kavramı ve işletmesel karar alma özgürlüğü irdelenmiştir. Daha sonra ise işletmesel karara dayanak teşkil eden somut sebepler, tek tek ele alınmış ve aralarında bir sınır çizilmeye gayret edilmiştir. Kanaatimizce, bu sınırın çizilememesi uygulamada görülen en büyük problemlerden bir tanesidir. İşletme gerekleri ile yapılan fesihler incelendiğinde, bu fesihlerde

çoğunlukla birden fazla sebebe aynı anda yer verildiği görülmektedir. İşverenler yaptıkları fesihlerde, bir yandan teknolojik gelişmeleri gerekçe gösterirken, diğer yandan da ekonomik krizden örnekler vermektedirler. Son dönemde oldukça popüler olan küresel virüs salgını gibi sebeplerle yapıldığı iddia edilen fesihlerde dahi, mahkemelerce yapılan denetimde asıl sebebin küresel salgın olmadığı ortaya konulmaktadır. İşverenler ve işveren vekilleri nezdinde, işletme gerekleri ile yapılan fesihlerdeki dayanak sebepler bakımından bir karışıklık olduğu şüphesizdir. Çalışmamızın ikinci bölümü, her bir fesih sebebini ayrı ayrı ve detaylı inceleyerek bu karışıklığın çözülmesine katkı sağlamak amacını taşımaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise yargısal denetim konusu ele alınmıştır. İşletme gerekleri ile yapılan fesihlerin yargısal denetimi; tutarlılık, ölçülülük, keyfilik ve sona çare gibi çok sayıda denetim filtresi içermektedir. Fesih sebeplerine benzer şekilde, bu denetim filtreleri arasında da kavramsal olarak bir karışıklık tespit edilmiştir. Uzman mahkeme sıfatıyla görev yapan iş mahkemelerinde dahi, yukarıda zikredilen denetim filtrelerinin kullanımı konusunda özen gösterilmemektedir. Bu durum, zaten yargısal denetimi son derece zor olan işletme gerekleriyle fesih sebeplerini, işçiler ve işverenler açısından daha da karmaşık hale getirmektedir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, bu kavramlar ayrı başlıklar altında ve tek tek ele alınarak, mevcut karışıklığın çözümüne fayda sağlanması amaçlanmıştır.

İşletme gerekleri ile yapılan fesihlerde, fesih sebebinin geçerliliğinin denetiminin doğru şekilde yapılabilmesi için, çalışmamız kapsamında rahatlıkla analiz edilebileceği üzere, güncellik ve bakış açısı çok önemlidir. İş Kanunu kapsamında, işletme gerekleri ile yapılan fesihlere yönelik bulunan pozitif kanuni düzenleme sayısı yok denecek kadar azdır. Birçok yazarın, çeşitli konularda ifade ettiği üzere, pozitif düzenlemelerdeki bu azlık, kanun boşluklarına sebep olmakta ve uygulamada pek çok durumda karışıklığa yol açmaktadır. Özellikle, feshin yargısal denetiminde kullanılan ölçülülük, keyfilik, orantılılık gibi kavramlar, kanuni düzenlemesi olmayan ve muğlak ifadelerdir. İşverenler, işletme gerekleri ile fesih yapmaları gereken durumlarda dahi, bu fesih sebebinin yargısal denetimden geçmesinin güçlüğüne dikkate alarak, bu fesih türünden kaçınmakta ve yapılacak feshi (performans, davranış gibi) başkaca sebepler arkasına gizleme yoluna gitmektedirler. Nitekim, işletme gerekleri ile feshe ihtiyaç

olduğuna ilişkin tezin, iş mahkemelerinde ispatı ve yargısal denetimden geçmesi, uygulamada zor bir görev olarak değerlendirilmektedir.

Bu önyargının en temel sebebi, bu fesih sebeplerine ilişkin yargısal denetimin zamana, döneme ve hatta ülkenin içerisinde bulunduğu ekonomik şartlara göre dahi değişebilmesidir. Yargıtay kararlarına bağılı olarak sürekli şekilde değişen kriterlerin varlığı, bu şekilde yapılan fesihlerin hakkaniyetli olabilmesi için, güncel kararların ve doktrin görüşlerinin sürekli şekilde takip edilmesine bağılıdır.

Tez konumuz kapsamında, bu güçlükleri aşabilmek adına, diğerk kıymetli eserlerde ayrıntılı olarak izah edilen, iş güvencesi, performans veya davranışa dayalı fesihler veya iş sözleşmesinin feshinde izlenen usul gibi genel konular olabildiğince ve amaca yönelik olarak ele alınmıştır. Tezin hem hacim hem de yoğunluk olarak, asıl konusunu oluşturan işletme gerekleriyle fesih kavramına özgülenmesi için bilinçli bir çaba gösterilmiştir. Çalışma hazırlanırken hem online hem de basılı yayınlardan, en güncel halleriyle ve çeşitli şekillerde faydalanılmıştır. Örnek olarak, tek bir arama motoru kullanılmamış, hukukçuların hizmetine sunulan ve erişime açık bütün arama motorlarından istifade edilmiştir. Yine bu konuda yazılmış eserlerin en son ve güncel versiyonlarına ulaşmak için çaba gösterilmiştir. Bu çabanın en büyük sebebi, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde güncel bakış açısının son derece önemli olmasıdır. Örnek olarak, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi konusunda, son on yılda Yargıtay uygulamasının tam dört defa değiştiğı ve her bir dönemde farklı kriter ve kavramların ön plana çıkarıldığı tarafımızca tespit edilmiştir. Bu açıdan çok eski olmayan kararlara dahi bakıldığında, bu konuda çalışmak yapmak isteyen hukukçuların yanılması veya bu konuda müvekkillerine hukuki görüş sağlayan avukatların hata yapması ihtimal dahilindedir. Bu kapsamda, bu konuda yapılacak olan çalışmalarda, en güncel kaynakların kullanılması ve çeşitli arama motorlarından faydalanılması, çalışmanın doğruluğunu şüphesiz olarak arttıracaktır.

Bir diğerk olarak, iş hukuku doktrinimizde tez konumuz olan, işletme gerekleriyle feshe adanan çok kıymetli çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmalar şüphesiz ki, bu konuda araştırma yapmak isteyen hukukçulara yol gösterecektir. Bununla beraber, iş hukuku doktrinimizde yazılan ve konusu başkaca hukuki kavramlar olan çeşitli makalelerde, işletme gerekleriyle fesih konusu karşımıza sıklıkla ve şaşırtıcı biçimde

çıkılmıştır. Örnek olarak, konusu esas itibariyle, eşit işlem ilkesi veya fesihte usul olan bazı makaleler; kıymetli yazarların bizim tez konumuzdaki görüşünü anlamak için şaşırtıcı derecede faydalı olmuştur. Bu durumun temel sebebinin, işletme gerekleriyle feshin, yalnızca iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili değil, aynı zamanda özel hukukun temel ilkelerinden olan sözleşme serbestisi ve teşebbüs hürriyeti ile yakından ilgili bir konu olması olduğu kanaatindeyiz. Nitekim, feshin bu türü, yalnızca iş hukukunu değil, aynı zamanda iktisat, ekonomi, kriz yönetimi, ayrımcılık yasağı ve fırsat eşitliği gibi çok çeşitli disiplinleri birden ilgilendirmektedir. İşletmede çalışacak olan işçilerin belirlenmesi ve bu sayının yeniden düzenlenmesi, işletme ve yönetim verimliliği konuları ile yakından ilgilidir. Bu kapsamda, bu konuda çalışma yapacak olan hukukçuların, sadece işletme gerekleri ile fesih başlıklı hukuki eserleri değil, aynı zamanda temel ilkeleri konu alan diğer çalışmaları da taraması, şüphesiz ki yapılan araştırmalara bakış açısı zenginliği katacaktır.

KAYNAKÇA

- Akı, Erol / Demirbilek, Tunç, “Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sosyoekonomi Hakemli Dergisi**, C:11, S:11, 2010.
- Aktuğ, Semih Serkant, **İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik ve Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi**, 1. Baskı, Ankara, 2010.
- Akyiğit, Ercan, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007 (“Türk İş Hukukunda İş Güvencesi”).
- Alp, Mustafa, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, **İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı: Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları**, 2002, s. 91-126, (“Hizmet Akitleri”).
- Alp, Mustafa: “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması – Alman Hukukuna Göre-”, **Yasa Hukuk Dergisi**, C: XVII, S: 205/12, Ocak 1999, s. 1519- 1534 (“Ölçülülük İlkesi”),
- Alp, Mustafa “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **TİSK**, 2009.
- Alp, Mustafa, "Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir?", **Legal YKİ**, S:2, 2006, s. 141-158.
- Alpagut, Gülsevil, "İşletme Gerekleri ile Fesih Kavramı ve Hukuki Sonuçları", **III. Çalışma Yaşamı Kongresi: Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, 3-4 Nisan 2010 A.Ü. ATAUM Salonu**, Ankara, s. 124-133.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Astarlı, Muhittin, “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2010, Sayı 17.
- Aydemir, Murteza, “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi” **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 15, S:164, 2020.
- Aydın, Ufuk, “Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma”, **A.Can TUNCAY’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.653-688.
- Bağcı, Sevde Betül, **İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebebinin Yargısal Denetimi**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2019.
- Başbuğ, Aydın, **İş ve Hukuk**, 3. Baskı, Binyıl Yayınevi, Ankara, 2013.
- Baycık, Gaye, "İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", **AÜHFD**, C.55, S.1, 2006, s.115-134 (“İş Akdinin Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”).

Baycık, Gaye, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Haziran 2011, (“Yenilik Doğuran Haklar”).

Baysal, Ulaş, "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", *Sicil*, S:28, 2012, s. 146-153.

Birben, Erhan, "İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları", *DEUHFD*, C: VIII, S:2, 2006, s. 7-25 ("Seçim Serbestisi").

Buz, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

Çelik, Nuri / Canikoğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Ekim 2019.

Çelik, Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşyerinin Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil Hukuk Dergisi**, Aralık 06, (“Eşit Davranma Borcu”).

Centel, Tankut, **İş Güvencesi**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2012 (İş Güvencesi).

Centel, Tankut, “İş Sözleşmesinin İşletme ve İşyeri Gereklerine Dayalı Geçerli Nedenle Feshi”, **Legal YKİ Dergisi**, İstanbul, Ağustos 2006 (“İşletme ve İşyeri Gerekleri”).

Covington, Robert N. / Decker, Kurt H., **Employment Law in a Nutshell**, 3. Baskı, West Group Publication, 2012.

Delikaya, Zeki, “Yargıtay Kararları Işığında İş Akdinin Feshi Usulü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXXVI, S.3, 2012, s. 141-151.

Dinçer, İbrahim Levent, “İş Akdinin İşletme Gerekleri Nedeniyle Feshinde Usul ve Bu Usule Aykırılığın İş Hukukundaki Müeyyidesi”, **Zonguldak Barosu- Çevrimiçi Yayın**, 2011.

Doğan, Sevil, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru (Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

Dulay, Dilek, “İşletme Gereklerine Dayanan Fesih”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S: 46, Haziran 2010.

Durmazgüler, Ebru, **Kriz Dönemlerinde İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gerekleri Nedeniyle Feshi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri, s. 41.

Dursun Ateş, Sevgi, **Toplu İşçi Çıkarma**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, Nisan 2020.

Ekmekçi, Ömer, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", **Sicil**, S:14, 2009, s. 47-59 ("Kısa Çalışma").

Ekmekçi, Ömer, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İHSGHD**, S.1, 2004, ss.165-181 ("Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi").

Ekmekçi, Ömer, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", **Mercek**, S. 28, Ekim 2002, s. 96-111 ("Uygulama Sorunları"),

Engin, Murat, "İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03-04.06.2006 günlü Toplantı Tebliğ ve Tartışmaları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 163-169.

Engin, Murat, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, ("İşletme Gerekleri").

Engin, Murat: "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi", **Legal İHSGHD**, S.2, 2004, s. 537-544 ("İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin").

Engin, Murat, "Üçlü İş İlişkileri", **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları) 21-25 Eylül 2005 Bodrum**, s. 12-26 ("Üçlü İş İlişkileri").

Engin, Murat, Toplu İşçi Çıkarma, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları**, 2. Baskı, İstanbul 2003, s.65-72. ("Toplu İşçi Çıkarma").

Eren, Erol, **Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası**, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Esen, Bünyamin, "Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Çalışma Hayatında Dikkat Edilmesi Gereken Yükümlülükler, Haklar ve Alınması Gereken Tedbirler", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S. 196, Nisan 2020.

Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, ("İş Hukuku").

Eyrenci, Öner, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010**, ed: Ali Güzel, Deniz Ugan, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s.33-52.

Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.

Eyrenci, Öner, “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Genç Erdem, Nursena, İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Feshi, **İstanbul T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, Nisan, 2018.

Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, **Legal İş Hukuku Dergisi**, C:14, S: 54, 2017.

Günay, Cevdet İlhan, “İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, **kamu.iş.org.tr**, 2015, (“İş Güvencesi ve Hukuki Sorunlar”).

Gürsel, İlke, “İşverenin İşletmesel Kararları ve Yargısal Denetimdeki Sınırlar”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV**, ed. Kübra Doğan Yenisey/Seda Ergüneş Emrağ, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2021.

Güzel, Ali, “İş Sözleşmelerinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 57-90 (“Son Çare”),

Güzel, Ali: “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Feshte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi” (Karar İncelemesi), **Çalışma ve Toplum**, S.1, 2005, s.159-182 (“Keyfilik Denetimi”).

Güzel, Ali / Ertan, Emre, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", **Legal İHSGHD**, S.16, 2007, s. 1219-1305 ("Sosyal Seçim Ölçütleri").

Güzel, Ali, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, **28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları**, 1.Basım, İstanbul, 2004.

Göktaş, Seracettin, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, Yıl: 66, S:1, 2008, s. 16-43.

Kalkan, Arif, “İş Sözleşmesinde Fesih Halleri”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018.

Karabulut, Şahin, “Kısa Çalışma Ödenğinde Covid-19 (Koronavirüs) Pandemisi Nedeniyle Yapılan Düzenlemeler”, **Çimento İşveren Dergisi**, C:34, S:5, Eylül 2020.

Kar, Bektaş, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C:2, S:6, 2005 (“İş Güvencesi”).

Kar, Bektaş, “İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, **Çalışma ve Toplum**, S: 17, 2008, s. 101-129 (“Yargısal Denetim”).

Keser, Hakan, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012 (“Geçerli Sebep”).

Keser, Hakan, “İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi”, **Sicil Hukuk Dergisi**, S:10, Haziran 2008 (“Yargıtay Kararının İncelenmesi”).

Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012.

Kılıçoğlu, Mustafa, "İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri**, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara, 2008.

Kılıçoğlu, Mustafa Şenocak, Kemal, **İş Güvencesi Hukuku**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.

Kılıçoğlu, Mustafa, “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Ankara 2010, s.181-211.

Kıvrakdal, Akin, “İşletme Gerekleri ile İş Sözleşmesinin Feshi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, İstanbul, 2018.

Kulaksız, Yasin, “Koronavirüs Pandemisinin Uzaktan Çalışmaya Etkisi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S:197, Mayıs 2020.

Laçiner, Vedat, “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları” **Yönetim Bilimleri Dergisi**, C:3 S:2, 2005.

Metin, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002 (“Ölçülülük İlkesi”).

Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, İstanbul, Lyekeion Yayınları, Ekim 2021 (“İş Hukuku”).

Oğurlu, Yücel, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, **Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 485-521 (“Bir Yargısal Denetim İlkesi Olarak Ölçülülük İlkesi”).

Oğuzman Kemal / Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Öcal Kemal Evren, “İş Güvencesi Bağlamında İşletme, İşyeri veya İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih Kavramı”, **İSMMM – Mali Çözüm Dergisi**, Kasım – Aralık 2011.

Özveri, Murat, "Ekonomik Kriz 4857 Sayılı İş Yasası ve Yargı Kararları", **Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyum- 2009**, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, s. 33-57.

Polat, Gamze, "İş Güvencesi ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Yüksek Lisans Tezi, 2013.

Savaş, Fatma Burcu, **İş Sözleşmelerinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Aralık 2012.

Soyer, Polat, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Alt İşveren-Asıl İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", **Sicil**, I, Mart 2006.

Soyer, Polat, "Ekonomik Kriz Koşullarında İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: 13. Yıl Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampusu, 12 Haziran 2009**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 197-218 ("Ekonomik Kriz Koşullarında İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih").

Soyer, Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 27-69 ("Uygulama Sorunları"),

Soyer, Polat "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gereken Yasal Düzenlemeler", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi 2001 Toplantı Metninden Alıntı.**

Subaşı, İbrahim, "İş Hukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2011, s. 126.

Subaşı, İbrahim, "Küresel Covid-19 Salgının İş Hukukuna Etkisi", Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, **Dergipark**, s. 128 vd.

Subaşı, İbrahim, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Toplu İş Sözleşmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan**, C:20, S:1, 2014, s. 598 vd.

Sümer, Haluk Hadi, **İş Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

Süzek, Sarper, "Alt İşveren İlişkisinin Kurulması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S: 25, 2010, ("Alt İşverenliğin Kurulması").

Süzek, Sarper "Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:27, 2010.

Süzek, Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2019 ("İş Hukuku").

Süzek, Sarper, "İşyerinin Kurulması, Faaliyetinin Durdurulması ve Kapatılması", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, İstanbul, 2001, ("İşyerinin Kapatılması").

Süzek, Sarper, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil**, S.12, 2008, s. 24-38.

Şahin, "Verimlilik ve İstihdam", **Mercek Hukuk Yayınları**, S: 48, 2007.

Şahlanan, Fevzi, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi- Karar İncelemesi", **Tekstil İşveren Dergisi**, S: 343, 2008, s. 2-4 ("Eşit Davranma İlkesi");

Şahlanan, Fevzi, "Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol ile Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi- Geçerli Neden (Karar İncelemesi)", **Tekstil İşveren**, S: 394, 2013 ("Emekliliğe Hak Kazananlar").

Şen, Murat, "İşçinin Verimsizliğine Dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 10, S: 3 -4, 2006.

Taşkent, Savaş, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", **Sicil Hukuk Dergisi**, S:21, 2011, s. 15-24.

Taşkent, Savaş, **İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.159-203.

Tangün, Sedef Koç, "İş Sözleşmesinin İşçinin Kusurlu Fiilleri Nedeniyle Feshi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

Tulukçu, Binnur, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Sözleşmesinin Feshi", **Sicil**, S:18, 2010, s. 129- 142.

Tulukçu, Binnur, "Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları", **Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN' a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, Ocak 2002, s.555-572.

Tuncay, Can, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", **Çimento İşveren Dergisi**, C: XVII, S:1, 2003, s. 3-18.

Tuncay, Can, "Telekomünikasyon Alanında İşletme Gerekleriyle İşe Son Verme", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S: 10, 2006.

Tunçtomağ, Kenan / Centel, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018.

Ulucan, Devrim, “Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Hizmet Sözleşmeleri”, **Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, Haziran 2021, (“Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Hizmet Sözleşmeleri”).

Ulucan, Devrim, "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", **Legal İHSGHD**, 2007, S:14, s.497-508 ("Sosyal Seçim").

Ulucan, Devrim, "Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010**, ed, Ali Güzel, Deniz Ugan, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 7-31, (“Geçerlilik Denetimi”).

Ulucan, Devrim, “İş Güvencesi ve İşe İade Davaları”, **Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 29 Mayıs 2010 Semineri**, İstanbul, 2010 (“İade Davaları”).

Ulucan, Devrim, “Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında İşçinin Korunması”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Sempozyum, **Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü-İstanbul Barosu Başkanlığı, 3-4 Nisan 1998, Galatasaray Üniversitesi Yayınları**, 1.Baskı, İstanbul, 1999.

Ünlü, Dilek, **Türk ve Alman İş Hukukunda İşyeri, İşletme ve İşin Gerekleri ile Fesih ve Özellikle Sosyal Seçim Ölçütleri**, Yayımlanmış yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ocak 2016.

Ünal, Canan, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2017. (“Yaş Ayrımcılığı”).

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

Yenisey, Kübra Doğan, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal Yayınevi, İstanbul 2007.

Yenisey, Kübra Doğan, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Sicil**, S.2, 2006, s.60-65 ("Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcu").

Yıldız, Gaye Burcu, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, Özel S., 2013.

Yücel Bodur, Mehtap, “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, **İş ve Hayat**, C:1, S:2, s. 137-167.

Yücel, Yonca, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018.

Yükçü, Süleyman / Atağan, Gülşah, “Etkinlik, Etkinlik ve Verimlilik Kavramlarının Yarattığı Karışıklık” **Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C: 23, S: 4.

Yürekli, Sabahattin, “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı Yıl:19 Sayı:38 Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek) s.34-61.

Zevkliler Aydın / Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

