

## Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması

Ölçülülük ilkesi bir yorum ölçütü ve aynı zamanda genel bir hukuk ilkesidir. Genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm değildir. Yönetim hakkının kullanılmasında, karar verilmesinde takdir yetkisini sınırlayan bir işlevi vardır. Bu anlamda sınırlandıran, kapsam belirleyen ve bu özelliği nedeni ile de dar yorumlanması gereken her kuralın, ölçülülük denetimine tabi tutulması kaçınılmazdır. Zira sınırlayan, kapsam belirleyen düzenlemeler bir kriter, bir ölçü ortaya koymaktadır. Sınırlamanın getirildiği, ölçünün konulduğu her durumda, bu ilke dikkate alınmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, yargısal denetim yapılırken normun somutlaştırılmasında, norm alanlarının belirlenmesinde bir ölçütün işlevini üstlenmektedir. Karar verme sürecini sağlam bir sonuca vardiirmede bu işlev önemli bir rol oynar. Kısaca ölçülülük ilkesi bir somutlaştırma ölçütüdür.

Alman hukukunda hakim öğretiyeye göre, ölçülülük ilkesi, temel hakların özünden ve hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır<sup>1</sup>. Ölçülülük ilkesi, normatif dayanağını Anayasa'nın 13. maddesinden almaktadır. Bu ilke, ilk ve ağırlıklı olarak idare hukukunda uygulanmakta olan bir ilkedir<sup>2</sup>. Aynı ilke, Anayasa hukukun-

da, sınırlandırmada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder<sup>3</sup>.

Türk hukukunda da kabul edildiği üzere, ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeye ayrılabilir<sup>4</sup>. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleleridir. Buna göre, ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak tedbir, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır<sup>5</sup>. Uygun olmayan tedbir, aynı zamanda gerekli de olmayacaktır.

İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği, tek taraflı haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur. Bu anlamda sadece işverenin fesih hakkını sınırlayan, feshi zorlaştıran, belirli sürelerde veya belirli sebeplerle feshi yasaklayan ve geçersiz bir feshi baştan itibaren hükümsüz kılan pozitif bir önlem, iş güvencesi önlemidir. İş güvencesi

önlemlerinin amacı ise iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin işini korumasıdır. 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve ilk kez 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik getiren 4773 sayılı Yasa ile kabul edilen ve takiben 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı içinde yer alan iş güvencesi, Türk iş hukuku alanında köklü bir değişikliğe yol açmış olup, iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla yeni bir düzenleme getirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren işçinin sözleşmesini, süreli fesih bildiriyle fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen nedenin geçerli olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Mahkeme, geçerli neden gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçerli olmadığını tespit ettiği takdirde feshin geçersizliğine karar verecektir.

İş Kanunu'nda haklı nedenlerle fesih, tahdid olarak sayılmıştır. Kanununun temel düzenlemeleri dikkate alındığında, yönetim hakkını elinde bulunduran işverenin fesih hakkının tahdidi sayılma yönünden haklı nedenler bakımından 25, geçerli nedenler yönünden ise 18. madde ve devamı maddelerde sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu sınırlandırılmalar nedeni ile özellikle işverenin fesih hakkının denetiminde ölçülülük ilkesinin dikkate alınması kaçınılmazdır. Aslında yasal düzenlemede geçerli neden-haklı neden ölçütleri yanında, geçerli fesihte işverenin yazılı fesih bildiriminde bulunmak zorunda olacağı, fesih sebebini açık ve kesin olarak belirteceği, işçinin davranışı ve yeterliliği ile fesihte, işçinin savunmasını alması gerektiği şeklindeki düzenlemeleri (Madde 19) de bir sınırlamadır. Dolayısı ile işverenin haklı neden bulunmadığı halde iş sözleşmesini 19. maddedeki koşullara uymadan feshettiği durumlarda, yasal koşullara uymaması nedeni ile feshin geçersizliği söz konusu olacaktır. Bu durumlarda işverenin fesihte ölçülü davranmadığı şeklinde de değerlendirme yapılabilecektir.

Ölçülülük ilkesi, özellikle iş hukuku alanında iş sözleşmesinin haklı-geçerli-geçersiz nedenle fesihlerinde, önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. İş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17, 18 veya 25. maddelerindeki nedenlerle fesihlerinde, feshin hangi madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açısından önem arzeder. Kısaca ölçülülük ilkesi haklı-geçerli-geçersiz nedenler arasındaki normatif sınırı belirlemekte yardımcı bir kriterdir.

## 1. Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımında

Önce 4773 sayılı Yasa ile daha sonra da yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile iş hukukuna, iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olan "haklı neden" kavramının yanında, "geçerli neden" kavramı getirilmiştir. Yasa, işverenin fesih hakkını sınırlarken, "geçerli neden" kavramını merkeze oturtmuştur. Başka bir anlatımla yasa, işverenin fesih hakkını, haklı nedenlerin olmadığı durumlarda, "geçerli bir neden oluşuncaya kadar" sınırlamaktadır. Böylece haksız-haklı fesih kavramları yanına bu kez geçersiz-geçerli fesih kavramları eklenmiştir.

Yasada, geçerli nedenin tanımı yapılmamıştır. Sadece geçerli nedenin hangi durumlardan kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Buna göre geçerli nedenler işçiden ve işyerinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/1 maddesine göre, "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." Görüldüğü gibi, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin işverence süreli feshinde Yasa'nın 17. maddesi uyarınca herhangi bir geçerli nedenin belirtilmesi gerekmediği halde, iş güvencesinin kapsamındaki sözleşmesinin süreli feshinin 18. madde de öngörülen geçerli nedenlere dayandırılması gerekir<sup>6</sup>.

Geçerli neden kavramı 4773 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre "Geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler

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

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiş bulunan haklı fesih nedenleri, iş ilişkisine devamı taraflardan biri için dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale getiren nedenler olduğu halde, geçerli nedenler, 25. madde de sayılan ve derhal feshi olanaklı kılan haklı neden derecesine ulaşmayan, fakat 18. madde uyarınca süreli feshi olanak tanıyan nedenlerdir. Geçerli fesih nedenleri ile haklı fesih nedenleri arasındaki farklar, öğretinin de katkılarıyla yargı organı tarafından belirlenecektir<sup>7</sup>.

İş sözleşmesinin işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları nedeni ile işveren tarafından haklı nedenlerle fesih halleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında bir neden de 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 45/1 maddesinde belirtilmiştir. Haklı nedenler kanunda açıkça belirtilirken, geçerli nedenler açıkça belirtilmemiş, doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışının haklı veya geçerli neden kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmesinde ölçülülük ilkesi de önemli bir kriterdir.

İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesih de bir cezadır<sup>8</sup>.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından

gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır<sup>9</sup>. İşletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte, feshin kaçınılmazlığı yönünden ele alınan bu ilke, özellikle davranışlardan kaynaklanan nedenle fesihte, haklı-geçerli fesih ayırımında, keza fesih yerine başka bir disiplin cezası verilmesi ile fesih arasındaki ayırımında önemli rol oynar. Ölçülülük ilkesi uyarınca, fesihte seçilen ve uygulanan yöntemin, takip edilen amaçla mukayese edildiğinde açıkça orantısız olmaması gerekir. Bir başka anlatımla müdahalenin ağırlığı ile onun haklı kılan nedenlerin önemi ve ağırlığı arasında bir tartım yapılmalıdır.

Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir<sup>10</sup>. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.

Haklı nedenle fesih savunmasında, delillere göre nedenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddelerinde belirtilen nedenler içinde yer almadığı dar (lafzi) yorum ve ölçülülük ilkesi<sup>11</sup> kapsamında değerlendirilmeli, geçerli neden ise işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmama, bu nedenin işveren yönünden iş ilişkisinin önemli ölçüde çekilmez hale getirip getirmeme yönünden belirlenmelidir.

Bu anlamda, işyerinde kıdemli olan ve yıllardır izin kullandırılmayan bir işçinin ardı ardına iki gün izinsiz gelmemesi nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.g maddesi uyarınca devamsızlık nedeni tazminatsız feshedilmesinde, işverenin ölçüsüz davrandığı kabul edilmelidir. Kıdemli bir işçinin bir mazerete dayanmasa da, ardı ardına iki iş günü devamsızlığı nedeni ile iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, emeğinden ve kıdem tazminatından yoksun kalmasının hakkaniyete uygun

olmadığı, ölçülülük ilkesi uyarınca kıdemi olan işçinin devamsızlığının geçerli neden kabul edilerek, bu yönde yasa değişikliğine gidilmesi ve içtihat oluşturulması yönünde görüşler de vardır<sup>12</sup>.

Yine işyerinde kusurlu davranışı sonucu işvereni 30 günlük ücretinden az miktarda zarara uğratan işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.1 maddesi uyarınca işveren tarafından haklı nedenle feshi, zararın miktarı dikkate alındığında ölçüsüzdür ve haklı neden teşkil etmemektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi haklı neden geçerli neden ayırımında ölçülük ilkesine son zamanlarda sıkça yer vermiştir. Bu konuda verilen emsal kararlar şöyledir:

**a)** Eğitim için sunum yapması isteminin sözlü yapılması, bu sunum yapması için uyarı yapılmaması nedeni ile iş sözleşmesi işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.h maddesindeki görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etme nedeni ile feshedilen işçinin, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği değerlendirilmesinin, yasal unsurları oluşmaması nedeni ile haklı neden nitelendirilmesinin ağır olduğu, ölçülülük ilkesine uygun olmadığı, ancak işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir<sup>13</sup>.

**b)** Kendi çalıştığı mağazadaki ürün barkodunu okutarak, ürün indiriminden ve ürünün fiyat farkından yararlanan işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca feshedilen işçinin davranışının, ölçülülük ilkesi uyarınca, haklı neden olarak kabulü ağır bir sonuç doğuracağı ve bu nedenle geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacağı belirtilmiştir<sup>14</sup>.

**c)** Bir otel işyerinde ziyafet şefi olarak 14 yıldır çalışan ve bir firmaca çalışanları için düzenlenen gecede ödül olarak verilmesi gereken, ancak unutulmuş hediye paketlerini gizlice alarak işyeri dışına çıkararak ve evine götüren, firma yetkililerinin işverene bildirmesi üzerine aldığı kabul ederek hemen teslim eden işçinin davranışının sadakat yükümlülüğünü ihlal niteliğinde ve güven ilişkisini sarsıcı nitelikte olduğu ve işyerinde olumsuzluklara yol açtı-

ğının kabul edilmekle birlikte, kıdemi, eşyayı iade etmesi ve işverenin zararının bulunmaması nedeni ile ölçülülük ilkesi uyarınca, somut olayın gelişimine göre feshin haklı nedene dayandığının kabulü ağır bir sonuç olacağı, iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmez bir hal aldığından, feshin geçerli nedene dayandığına, oy çokluğu ile karar verilmiştir<sup>15</sup>.

**d)** Davalı işyerinde iş sözleşmesi, müşteri ile tartışması ve hakaret içeren sözler söylemesi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.b maddesi uyarınca feshedilen işçinin bu eylemine müşterinin tahriki ve davranışlarının neden olduğu, bu nedenle haklı neden nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca ağır sonuçlar doğuracağı, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu ve geçerli neden kabul edilmesinin yerinde olacağı açıkça belirtilmiştir<sup>16</sup>.

**e)** Yönetici konumunda 19 yıldır çalışan ve iş sözleşmesi işveren tarafından envanter sayımında karlılık ve verimlilik açısından işvereni yanıltması nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca feshedilen işçinin, bu tür olayların daha önce de yaşanması, işçinin menfaat temin ettiğinin kanıtlanmaması nedeni ile haklı neden nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca ağır bir yaptırım olacağı, bu yönde mahkemece yapılan değerlendirmenin hatalı ise de, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı, bu gerekçe ile işe iade isteminin reddi gerektiği karara bağlanmıştır<sup>17</sup>.

**f)** Kamu kurumuna bağlı işyerinde çamaşırcı olarak görev yapan, işyerine kural olarak tıraş olup gelmesi gerekirken gelmemesi nedeni ile uyarılan ve işvereni temsil eden vali yardımcısı ile tartışma sırasında "ben eski hükümlüyüm" şeklinde sözler söyleyen işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi uyarınca sataşma nedeni ile feshedilen işçinin, diğer bir işçi ile tartışması ve tıraş olmadan işe gelmesi nedeni ile vali yardımcısı tarafından uyarılması üzerine, söylediği sözlerin ve hareketlerin, sitem niteliğinde olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi anlamında sataşma niteliğinde olmadığı, feshin haklı nede-

## İşçinin yetersizliğinden doğan geçerli neden için kusur koşulunun zorunlu olmadığını, işçi kusursuz olsa dahi “iş yapma borcunu yerine getirme yetenek ve kapasitesindeki yetersizliğinin” geçerli bir fesih nedeni sayılabileceğini vurgulamak gerekir.

ne dayandığının kabulünün doğru olmayacağı, ancak işçinin işyerine tıraş olmadan gelmesinin, iş arkadaşı ve amiri ile gereksiz tartışmaya girmesinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, ölçülülük ilkesi uyarınca bu davranışının haklı neden değil, davranışlarından kaynaklanan geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacağına karar verilmiştir<sup>18</sup>.

**g)** Hurda demir talebi işveren tarafından onaylanan, ancak işyerinde hurda demiri çıkarırken hurdayı bilgi vermeden ve tarttırmadan alan ve bedelini eksik ödeyen ve iş sözleşmesi bu davranışı nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca feshedilen işçinin, talep ettiği ve onay verilen hurda demirini bilgi vermeden ve tartmadan çıkarması ve bedelini eksik ödemesi davranışının haklı neden olarak nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca ağır bir yaptırım olacağı, bu yönde mahkemece yapılan değerlendirmenin hatalı ise de, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, sonuç itibarı ile doğru olan işe iade isteminin reddi kararının bu gerekçe ile onanması gerektiği açıkça belirtilmiştir<sup>19</sup>.

**h)** Bir grup işçi ile birlikte fazla mesai ücretleri ödenmediği, prim kesintilerinin gerçek ücret üzerinden bildirilmediği ve fazla mesaiye kalmaması nedeni ile servis hizmetleri verilmediği için işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayet eden, bu şekilde hak arama eyleminde bulunan, ancak bu hak arama eylemini ara dinlenme sayılan süre içinde yemekhanede diğer işçiler yemek yerken konuşmak sureti ile dile

getiren işçinin, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı yönündeki yerel mahkemenin gerekçesini, işçinin diğer işçilere bu şekilde hak aramalarını önerdiği, bu nedenle haklı neden nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca isabetli olmadığı, ancak işçinin demokratik hak arama tepkisinin diğer işçiler adına temsilci olmadığı halde kullanılmasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, davranışından kaynaklanan geçerli neden bulunduğu, sonuç itibarı ile doğru olan işe iade isteminin reddine dair kararın bu gerekçe ile onanması gerektiği kabul edilmiştir<sup>20</sup>.

## 2. Geçerli Neden-Geçersiz Neden Ayırımında

Yukarda açıklandığı gibi yasa geçerli nedenleri tek tek saymamış, ancak bu nedenlerin işçinin davranışından ve yeterliliğinden kaynaklanan veya işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olması gerektiğini belirtmiştir. Yasanın gerekçesinde örnek kabilinden bu nedenlere yer verilmiştir.

### a) Davranışlardan Kaynaklanan Nedenlerde

İş hukukuna hakim olan ölçülülük ilkesi, işçinin yükümlülüklerine aykırı bir davranışta bulunması hâlinde kural olarak, ilk önce ihtar edilmesini gerektirir. Ancak ihtar veya uyarı verilmesi için işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının işyerinde önemli ölçüde olumsuzluklara yol açmaması ve iş ilişkisinin işveren açısından devamının etkilenmemesi gerekir. İşçinin davranışı işyerinde önemli ölçüde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin devamını etkilemişse, işveren ihtar yoluna başvurmadan iş sözleşmesini feshedebilir. Kısaca davranışın ağırlığına, işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmamasına göre ihtar veya geçerli fesih arasındaki tercih değerlendirilmelidir. Bu anlamda işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışı, örneğin bir gün gelme gibi işyerinde olumsuzluklara yol açmamış ve iş ilişkisinin devamı önemli ölçüde etkilenmemişse, işverenin feshi ölçülülük ilkesi gereği geçersiz sayılacaktır.

Uyarı ile yetinilmesi gereken bir durumda, iş sözleşmesinin feshi ölçüsüz kabul edilmelidir<sup>21</sup>.

## b) Yeterlilikten Kaynaklanan Nedenlerde

İşçinin gerek davranışlarından ve gerekse yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, feshin geçerli olması için, davranış ve yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açması ve iş ilişkisinin devamının işveren açısından önemli ölçüde beklenmez bir hal alması gerekir. İşçinin yetersizliğinden doğan geçerli neden için kusur koşulunun zorunlu olmadığını, işçi kusursuz olsa dahi “iş yapma borcunu yerine getirme yetenek ve kapasitesindeki yetersizliğin” geçerli bir fesih nedeni sayılabileceğini vurgulamak gerekir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir.

Hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden olarak kabul edilemeyecek ise de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I. maddesinde öngörülen sağlık nedenleriyle sık sık rapor<sup>22</sup> alarak devamsızlık sürelerinden az olan sürelerdeki işi aksatması nedeni ile işçinin bu konuda savunması alınmak suretiyle ve işyerinde olumsuzluklara neden olması halinde geçerli fesih nedeni sayılacaktır. Keza hastalığı nedeni ile rapor bitimi işe başlayan işçinin veriminin ve performansını bu nedenle düşmesi halinde, fesih için geçerli neden söz konusu olacaktır. Diğer taraftan işçinin devamsızlık yapmasa bile, sağlık sorunu işi eksik yapmasına neden oluyorsa veya performansını ve verimliliğini etkiliyor ve işyerin-

**İşletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte ölçülülük ilkesi, istihdam fazlalığı oluştuğunda, feshin kaçınılmazlığı yönünden dikkate alınmalıdır.**

de olumsuzluklara yol açıyor ise, bu nedenle iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacaktır. Sağlık sebepleri ile bir işçinin iş sözleşmesi feshedilmeden önce onu sağlık durumuna uygun bir işte çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması hem feshin son çare olması ilkesinin, hem de işverenin işçiyi gözetme borcunun gereği olarak işçiyi sağlık koşullarına uygun işte çalıştırma yükümlülüğünün sonucudur. Ancak işyerinde işçinin sağlığına uygun bir iş bulunmaması veya bulunan işi işçinin kabul etmemesi halinde, işveren fesih hakkını kullanabilir<sup>23</sup>. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>24</sup>. Bu anlamda işçinin sağlık sorunu, daha önce yaptığı görevi ve dolayısı ile bu görevde performansını olumsuz etkilese de işletme içinde başka bir görevde değerlendirilmesine engel oluşturmayacaksa, işverenin bu görevde değerlendirmeden, performans yetersizliği nedeni ile fesih yoluna gitmesi, ölçülülük ilkesi uyarınca feshi geçersiz kılacaktır.

İşçinin performansını kendisinden kaynaklanmayan nedenler etkilemekte ise, işveren performansı olumsuz etkileyen bu nedenleri ortadan kaldırmalıdır. Bu nedenler ortadan kaldırılmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi, geçerli bir neden oluşturmayacaktır. Performans düşüklüğü ve yetersizliği nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden oluşturması için, performansı olumsuz etkileyen nedenin; işçinin kendisinden, görev tanımından kaynaklanması ve uyarıya rağmen işçinin bu durumu düzeltmemesi gerekir. İşletmede veya işyerinde çalışanların performanslarının değerlendirilmesini yapmak, bu doğrultuda öncelikle doğrudan işten çıkarma yoluna gitmek tek başına anlam ifade etmez. Asıl amaç, öncelikle çalışanların performanslarını değerlendirerek düşük performans söz konusu ise bunun nedenlerini ve sonuçlarını analiz etmek, düzeltmesi için çalışana olanak vererek performans düşüklüğünü gidermek olmalıdır. Bu önlemler alınmadan, doğrudan ilk önlem olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi doğru değildir. Feshin ölçülülük ilkesi gereği, geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

### c) İşletme, İşyeri ve İşin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlerde

Ölçülülük ilkesi ve bu kapsamda alt ilkelerinin iş güvencesinde özellikle işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin yargısal denetiminde uygulanmasına gelince;

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır<sup>25</sup>.

İşletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte ölçülülük ilkesi, istihdam fazlalığı olduğunda, feshin kaçınılmazlığı yönünden dikkate alınmalıdır. Öncelikle önlem olarak düşünülen iş sözleşmesinin feshinin, fesihle takip edilen amaca uygun olması gerekir. İşletme gereklerine dayalı fesihte işverenin takip ettiği amaç, işletmenin mevcut personel sayısını, kârlılık ve verimlilik adına işletmenin personel ihtiyacına uyumlaştırmaktır<sup>26</sup>. Feshe oranla daha hafif olan bir önlem, işverenin takip ettiği amaca ulaşmasına fesih gibi elverişli ise, fesihten kaçınılması gerekir. İşveren, işletmenin kârlılığını, ekonomik verimliliğini kısaca işletmesel karar sonucu hedeflediği bu durumu, işçi çıkarmadan da sağlayabiliyorsa, iş sözleşmesinin feshi yoluna başvurmamalıdır.

İşverenin fesih dışında hangi alternatif önlemlere başvurabileceğinin ve hangi araçların feshe alternatif olamayacağı öncelikle belirlenmesi gerekir. Bu önlemlerin fiilen ve hukuken gerçekleştirilmesi imkan dahilinde olmalıdır. İşveren açısından imkansız olan bir önlemin alınmamış olması nedeni ile feshin gereksiz ve dolayısı ile geçersiz olduğu ileri sürülemez<sup>27</sup>.

Fesihten kaçınma yollarından biri, işçinin

bölümünün, görevinin, işyerinin değiştirilmesidir. Bu değişiklik iş şartlarında esaslı değişiklik olabileceği gibi, esaslı değişiklik boyutuna ulaşmayan önlemler de olabilir. Fesih dışında birçok önlem var ise, işveren yönetim hakkı kapsamında bunlardan birini kullanmalıdır. Ancak doktrinde, işverenin istisnaen, olası alternatif önlemler arasından sözleşme değişikliğine neden olmayacak önleme, değişiklik feshine oranla öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>28</sup>. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulamaz<sup>29</sup>. Kanımca işveren objektif iyiniyet kuralı gereği, fesih dışındaki tedbirlerden iş şartlarında esaslı değişiklik yapmayan önleme başvurulmalıdır.

Ölçülülük denetimi içinde, feshin son çare olması ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin mevcudiyeti halinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli ilkedir<sup>30</sup>. Feshin son çare olması ilkesine göre yapılacak denetim, ölçülülük ilkesi uyarınca geçerli neden denetiminin son aşamasıdır.

İş sözleşmesinin ister süreli feshinde, ister işçinin yetersizliğinden veya davranışından ya da işletme gereklerinden kaynaklansın, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması gerekir. Feshin son çare olma ilkesi, sadece, işletme gereklerine dayalı fesihlerde uygulanan bir ilke değildir. Her ne kadar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin varlığı halinde düşünülmesi gerektiği belirtilmekte ise de, yukarıda açıklandığı şekilde, işçinin yetersizliği ve davranışına ilişkin nedenlerin varlığı halinde, özellikle işçinin performansı ve uyumu ile ilgili konularla sınırlı olarak yapılacak fesihlerde de uygulanmalıdır<sup>31</sup>. İşçiden veya işletmeden

**İşveren açısından imkansız olan bir önlemin alınmamış olması nedeni ile feshin gereksiz ve dolayısı ile geçersiz olduğu ileri sürülemez.**

## Yapılan araştırma sonucunda, işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma olanağı bulunmuyor ise, işverenin, salt bu durumu fesihden önce araştırmaması feshi geçersiz kılmaz.

kaynaklanan ve iş ilişkisini olumsuz etkileyen nedenler yoksa feshin son çare olması denetimine hiç geçilmeyecektir<sup>32</sup>. Feshin geçerli bir nedene dayandığının kabul edilebilmesi için, sadece işletme, işyeri ve işten kaynaklanan bir olgunun iş ilişkisini sürdürmeye engel olması yeterli değildir. Bunun ötesinde feshin zorunlu olduğu, başka bir anlatımla başka alternatif önlemlerle iş ilişkisini sürdürmenin olanaksız olduğu da kesinleşmiş olmalıdır<sup>33</sup>. Alternatif önlemlerle iş ilişkisini sürdürme olanağının olduğu bir durumda işverenin feshi, ölçüsüz kabul edilecektir. Kısaca böyle bir fesih ölçülülük ilkesi uyarınca geçersiz sayılmalıdır.

İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır<sup>34</sup>. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih, ölçülük ve buna bağlı feshin son çare olması ilkesi uyarınca geçersiz olacaktır. Önemle vurgulamak gerekirse, işverenin sırf, işçinin işyerinde başka bir çalışma yerinde çalıştırılma olanağının mümkün olup olmadığını araştırmaması feshin geçersizliğine etki etmez<sup>35</sup>. Feshin geçerliliği açısından önemli olan, işçinin işyerinde başka bir şekilde çalıştırılma olanağının fiilen ve gerçekten mümkün olmasıdır<sup>36</sup>. Yapılan araştırma sonucunda, işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma olanağı bulunmuyor ise, işverenin, salt bu durumu fesihden önce araştırmaması feshi geçersiz kılmaz. İşveren, daha ziyade, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştırılmaya devam edebileceği başka bir çalışma yeri gerçekten varsa, geçerli bir fesih nedeninin varlığına dayanamaz. Başka bir çalışma yerinden kasıt, işverenin aynı işyerinde veya

diğer işyerlerinde bulunan ve işçiyi nitelikleri bakımından iş görme edimini yerine getireceği ve boş olan bir yerdir. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur<sup>37-38</sup>. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır<sup>39</sup>.

### 3. Değişiklik Feshinde Ölçülülük Denetimi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir". Getirilen bu düzenleme ile işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır.

Değişiklik feshi kendini işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile işçinin yetersizliğine dayalı fesihlerde, feshin son çare olarak bakıldığı durumlarda gösterir. İşçinin feshin kaçınılmazlığı ve son çare olarak düşünüldüğü durumlarda başka bölümlerde veya işyerlerinde değerlendirilmesi gerekebilir. İşverenin bu şekilde yaptığı öneriyi işçi kabul etmediği takdirde, esaslı değişikliğin genel olarak geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Zira değişiklikten önceki iş şartlarında değerlendirme olanağı kalmayan ve



değişikliği de kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshi kaçınılmaz hal almıştır.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilir beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır. Değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, son çare olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesinin gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır<sup>40</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Alman Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki görüşü için bkz. BVerfGE, 2, sh. 79; BVerfGE, 16, sh. 201-202; BVerfGE, 17, sh. 313-314; BVerfGE, 19, sh. 348-349. Naklen, Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 185.
- 2 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 186 vd.
- 3 Sağlam, F.: Temel Hakların Sınırlaması ve Özü, Ankara 1982, sh. 114. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188.
- 4 Gözler, K.: İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, sh. 511 vd.; Atay, E.: İdare Hukuku, Ankara 2006, sh. 79 vd.; Oğurlu, Y.: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, sh. 33 vd.
- 5 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188.
- 6 Süzek, S. s: 505.
- 7 Süzek, S. s: 506.
- 8 Dr. Mustafa Kılıçoğlu, Doç. Dr. Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, 2006, s: 184 vd.
- 9 Kılıçoğlu/Şenocak, s: 412, Süzek, S. s: 495.
- 10 Süzek, S. s: 518, Birben, 68 vd, Alp, 1527, Tuncay, 26-27.
- 11 İşletme gerekleri ile fesihle yargısal denetim bölümünde ölçülülük ilkesi ayrıntılı açıklanmıştır.
- 12 Süzek, S. s: 523.
- 13 Y. 9. HD. 08.04.2008 gün ve 2007/27791 E, 2008/7824 Karar.
- 14 Y. 9. HD. 05.05.2008 gün ve 2007/32768 E, 2008/11113 K.
- 15 Y. 9. HD. 28.04.2008 gün ve 2007/34009 E, 2008/10347 K.
- 16 Y. 9. HD. 12.05.2008 gün ve 2007/35898 E, 2008/11997 K.
- 17 Y. 9. HD. 23.06.2008 gün ve 2007/42970 E, 2008/17131 K.
- 18 Y. 9. HD. 01.12.2008 gün ve 2008/6259 E, 2008/32583 K.
- 19 Y. 9. HD. 16.02.2009 gün ve 2007/37188 E, 2009/2485 K.
- 20 Y. 9. HD. 16.02.2009 gün ve 2008/11098 E, 2009/2495 K.
- 21 Y. 9. HD. 27.04.2009 gün ve 2008/25647 E, 2009/11681 K. "Davacının verilen özel sim kartını özel işinde kullanmış ise de, nerelerde ve ne şekilde kullanılacağı konusunda verilirken bir uyarı yapılmadığı, fesihden önce de uyarı verilmesine ve yeni bir ihlali bulunmamasına rağmen iş sözleşmesinin feshedildiği, bu nedenle feshin geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki işveren aynı davranış içinde bulunan işçilerden bir kısmına uyarı cezası vermekle, eşit işlem borcuna aykırı davranmıştır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır".
- 22 Yasanın gerekçesinde geçerli fesih nedenlerinden biri olarak gösterilmiştir. Ancak işçinin rahatsızlığı olmadığı halde rapor alması halinde artık yetersizliğinden değil, davranışlarından kaynaklanan nedenden söz edilmelidir.
- 23 Süzek, S. s: 539, Sümer H, s: 71.
- 24 Yargıtay 9. HD. 29.01.2007 gün ve 2006/30032 Esas, 2007/1228 Karar sayılı ilamı.
- 25 Y. 9. HD. 08.06.2009 gün ve 2008/32592 E, 2009/15936 K.
- 26 Holly, H.G., sh. 153; Hinze, P., sh. 52; Preis, U., Prinzipien, sh. 312. Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 192.
- 27 Birben, E. a.g.e., s: 130.
- 28 Hinze, P., sh. 65. Boewer, D.: Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, sh. 2621; Gaul, B.: Änderungskündigung zur Absenkung oder Flexibilisierung von Arbeitszeit und/oder Arbeitsengelt, DB 1998, sh. 1913 Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188; Alp, a.g.e., s: 187.
- 29 Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., §1 KSchG Rdnr. 638, sh. 419. Ölçülülük ilkesi, değişiklik feshine de hakim olan bir ilkedir. (BAG, 24.4.1997, AP §2 KSchG 1969, Nr. 42=NZA 1997, sh.1047; BAG, 26.1.1995, AP §2 KSchG 1969, Nr. 37=NZA 1995, sh. 628. Ayrıca bkz. Preis, U. Prinzipien, sh. 307). Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188.
- 30 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 204.
- 31 Bkz. Kandemir, M.: İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, SBArD 2005, S. 6, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, sh. 327; Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 19. B., İstanbul 2006, sh. 215.
- 32 Alp, a.g.e., s: 186.
- 33 Alp, Mustafa, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı (Basılmamış Tebliğ), s: 22.

- 34 v. Hoyningen-Huene, G., NZA 1994, sh. 1011. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.
- 35 von Hoyningen-Huene, G./Linck, R., §1 KSchG Rdnr. 395 sh. 301; ErfK/Ascheid, §1 KSchG Rn. 416, sh. 2163; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Nr. 584, sh. 400. BAG, 18.1.1990, AP §1 KSchG 1969, Nr. 19; BAG, 27.9.1984, AP §2 KSchG, Nr. 8=NZA 1985, sh. 455; BAG, 24.3.1983, AP §1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 12=NJW 1984, sh.78. Buna karşılık Yargıtay 9. HD. aşağıda anılan kararında, işverenin, sırf işçinin işyerinde başka şekilde çalışma olanağını araştırmamasını feshin geçersizlik sebebi olarak kabul ettiği intibayı uyanmaktadır: "Somut olayda işverence siparişlerde azalma meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş akti feshedilmiş ise de işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma imkanının olup olmadığı araştırılmadığı, esnek çalışma ve kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı hizmet aktinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir" (bkz. Yarg. 9. HD., 13.1.2005 tarih ve E. 2005/33414, K. 2005/930). Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.
- 36 Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Nr. 584 sh.400; von Hoyningen-Huene, G./Linck, R., §1 KSchG Rdnr. 395 sh. 301; Ascheid, R., Erfurter Kommentar, §1 KSchG Rn. 416, sh. 2163. Ayrıca bkz. BAG, 27.9.1984, AP §2 KSchG 1969, Nr. 8=NZA 1985, sh. 455; BAG, 24.3.1983, AP §1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 12=NJW 1984, sh. 78. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.
- 37 Engin, a.g.e. s: 91.
- 38 Y. 9. HD. 13.07.2009 gün ve 2009/289 E, 2009/20632 K.
- 39 Yargıtay 9. H.D. 13.02.2006 gün ve 2005/37219 E, 2006/3456 K. "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı şirketin dava dışı Advansa Sasa A.Ş.'nin forklift hizmetlerini üstlendiği, davalı şirket ile Advansa Sasa A.Ş. arasındaki Forklift Hizmetleri Sözleşmesinin karşılıklı mutabakat ile sona erdirilmesi üzerine davalı şirkete iş sözleşmesi ile bağlı ve forklift üretim hizmetleri operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedildiği, davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında anılan şirketin diğer bir kısım yardımcı işlerini de üstlendiği ve bu sözleşmenin devam etmekte olduğu, tanık anlatımlarına göre Advansa Sasa A.Ş.'nin forklift hizmetlerinin Naklog isminde başka bir firma tarafından üstlenildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece davacının iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin göz önünde bulundurulmadığı gerekçesi ile işe iade isteği kabul edilmiş ise de, davalının alt işveren olduğu ve bu gibi durumlarda çalıştırılacak işçi sayısının genellikle asıl işverence önceden belirlendiği hususu dikkate alınmadığı gibi, davalı şirketin aynı il ya da başka illerde işyerinin olup olmadığı da araştırılmış değildir. Davalı şirketin aynı il veya diğer illerde başka işyerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında üstlendiği diğer işlerde davacı işçinin nasıl değerlendirilebileceği açıkça ortaya konulmadan feshin son çare olduğu ilkesinin

uygulanmadığının kabulü doğru değildir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."

- 40 Y. 9. HD. 07.07.2008 gün ve 2008/1965 Esas, 2008/19031 K. Kişisel arşiv.

## KAYNAKÇA

- ALP, Mustafa, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa, Ocak 1999, 1519-1534.
- BİRBEN, Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, İzmir 2006, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- ENGİN, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003.
- GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 57-90.
- KAR, Bektaş, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklere Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008 Sayı: 17.
- KAR, Bektaş, Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihlerde Yargısal Denetim, Sicil, Eylül 2008, s: 34-42.
- KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması. Ankara. 2009.
- KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, Legal, İstanbul, 2007.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008.
- YARGITAY KARARLARI.