

Dr. Muhittin ASTARLI

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi

GİRİŞ

Dünyada 2008 yılının son aylarında başlayıp asıl etkisini 2009 yılında gösteren küresel ekonomik kriz günümüzde de işletmeleri, bu işletmelerde çalışan işçileri ve bunlarında ötesinde geniş halk kitlelerini doğrudan veya dolaylı bir şekilde etkilemektedir. Alanımız itibariyle iş hukukunun da mevcut ekonomik ve sosyal değişimlerden diğer disiplinlere nazaran daha yoğun bir şekilde etkilenmesi nedeniyle, söz konusu dönemde ortaya çıkan pek çok sorun iş hukukçularını özel olarak meşgul etmektedir. Zira ekonomik krizler etkilerini öncelikli olarak çalışma yaşamında doğurmakta ve gerek iş sözleşmesinin içeriğinde gerek iş sözleşmesinin varlığında değişimlere neden olmaktadır. Krizin iş sözleşmesinin içeriğinde ve varlığında yarattığı değişimlerin iş hukuku mevzuatı bakımından geçerliliğinin değerlendirilmesi aynı zamanda bu hukukun varlık nedeni olan işçinin korunmasını temel alan sosyal düşünceler ile ekonomik gerçeklik arasında bir değerlendirmeyi de zorunlu kılmaktadır.

Genel ekonomik krizlerin işletmelerin ekonomik tablolarında yarattığı olumsuz değişim ve bu değişim karşısında işletmenin verimliliğinin ve kârlılığının sağlanmasında işletmelerin başvurdukları yollardan birisi ve hatta ilk sırada geleni personel giderlerinden tasarruf edilmesidir ki bu da iş hukuku bakımından iş sözleşmesinin feshini gündeme getirmektedir. İşletme gereklere nedeni ile feshin amacı, işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır¹. Zira bu sayede işgücü ihtiyacındaki fazlalık nedeniyle doğacak ekonomik riskin bertaraf edilmesi sağlanmaktadır.

Burada tartışılacak olan ekonomik kriz dolayısıyla bir işveren kararının neticesi olan işletme gereklere nedeniyle feshin geçerliliği bakımından Kanun'un öngördüğü kısa çalışma uygulamasının ne ifade ettiği. Daha açık bir ifadeyle, işletme gereklere nedeniyle feshin geçerliliğinin bir unsuru olan ölçülülük-ultima-ratio ilkesi kapsamında işverenin fesihten önce kısa çalışmaya başvurmasının zorunlu olup olmadığı, zorunluluğun varlığının kabulü halinde bunun

sınırlarının ne olması gerektiğidir. Zira Kanun işverene genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenle ortaya çıkan geçici dönemin, işin ve işletmenin sürekliliğinin sağlanarak, atlatılması anlamında bir imkan sunmuştur. Üstelik İşsizlik Sigortası Kanunu'na 5838 sayılı Kanunla eklenen geçici 8. madde ve bu maddede değişiklik yapan 5951 sayılı Kanun ile 2008, 2009 ve 2010 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, ek 2. maddenin ikinci fıkrasında kısa çalışma için öngörülen azami üç aylık sürenin, altı ay olarak uygulanması, üçüncü fıkrasında öngörülen kısa çalışma ödeneği miktarının % 50 oranında artırılarak ödenmesi, kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemelerin, işsizlik ödeneği süresinden düşülmemesi ve maddede öngörülen ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini altı ay daha uzatmaya, Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu öngörülmüştür. Nitekim Bakanlar Kurulu önce 2009/1529 sayılı Kararıyla, daha sonra ise 11 Mart 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/180 sayılı kararıyla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 8. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, kısa çalışma süresinin altı ay daha uzatılmasını kararlaştırmıştır.

1. KISA ÇALIŞMA

4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren; genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması halinde, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

Kısa çalışma uygulamasının temelinde yatan nedeni fesih hukuku içerisinde aramak gereklidir. Zira işverenin işyerinde işçilere kısa çalışma yaptırması, feshe karşı koruma hukuku kapsamında değerlendirilecek bir tedbir niteliğinde olup, bu vesileyle işverenin fesihten

kaçınması amaçlanmıştır². Zira işyerinde ortaya çıkan ekonomik zorluklar dolayısıyla işletme gereklerine dayanan fesih suretiyle işçi çıkarmadan önce işveren, bu ekonomik darboğazı kısa çalışma yaptırmak suretiyle aşmayı deneyecek, eğer bu geçici tedbire rağmen işletmenin devamı için işçi çıkarmaktan başka bir çare kalmamışsa işveren iş sözleşmelerini geçerli nedenle feshedebilecektir. Kısa çalışma uygulamasıyla çalışma sürelerinde indirim giden işveren, buna bağlı olarak işçi ücretlerinde dolayısıyla da işletmenin en önemli giderinde tasarruf edecek, bu suretle de işletmenin devamı için gerekli kaynağı kısmen de olsa temin etmiş olacaktır. Kısa çalışma uygulamasıyla kural olarak işçinin çalışma süresi ve bunun neticesinde de çalışmak dolayısıyla elde edeceği ücrette azalma olmakla birlikte, bunun işçi bakımından da kabul edilebilir avantajları vardır; zira geçici bir dönem ücretinde azalma olsa da işçi, kendisi için daha hayati bir önem taşıyan işini kaybetmeyecek, işletmenin sürekliliğinin sağlanması suretiyle işinin devamlılığı da temin edilmiş olacaktır. Nitekim bu husus, 4857 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılan 65. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu düzenleme ile, bir ekonomik krizde veya zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işyerinde işçiler arasında tenkisat yapma yerine, işçilerin tamamının veya bir kısmının geçici olarak ücretsiz izine çıkartılması ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edilmekte; işçilerin geçici olarak ücretsiz izine çıkarılması "geçici bir işsizlik" olarak nitelenerek işsizlik sigortasından "kısa çalışma ödeneği" almaları öngörülmektedir. Bu şekilde, bu işçiler işsiz kalsa idi, işsizlik sigortasının bu işçileri yeniden işe yerleştirmek için yapacağı masraflardan da kurtulmuş olmaktadır."

Kanun kısa çalışmayı iki esas nedene bağlamıştır, buna göre işverenin diğer hukuk kaynakları ile verilmiş başkaca bir yetkiye dayanmaksızın ve işçinin rızasına gerek olmaksızın kısa çalışma kararı alıp uygulayabilmesi ancak genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilir. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik bu iki kavramdan ne anlaşılması gerektiği-

ni de açıklamıştır. Buna göre genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları; zorlayıcı sebepler ise, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması ve faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenleri ifade eder.

Konumuz esas itibariyle “kısa çalışma” olmayıp işletme gerekleri ile fesihte kısa çalışmanın ultima-ratio ilkesi bakımından feshe göre daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığının incelenmesi olduğundan burada uzun uzadıya kısa çalışmaya yer verilmeyecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere 4857 sayılı Yasa ile hukukumuzda giren kısa çalışma ilk defa 2005 yılı Eylül ayında uygulanmaya başlamış ve 21 işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmiştir. 2006 yılı Ocak ayında ise 85 işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmiş olup bu işçiler kuş gribi salgınından etkilenen işyerlerinde çalışan işçilerdir. Bu güne kadar Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından İşsizlik Sigortası Fonundan ödenen kısa çalışma ödeneklerinin yıllar itibariyle miktarı ve ödenekten faydalanan işçi sayısı aşağıdaki tabloda belirtilmektedir³.

DÖNEMLER	KİŞİ SAYISI	ÖDEME MİKTARI
2005	21	10.566
2006	217	64.398
2007	40	22.051
2008	650	70.639
2009	508.253	162.506.260
Ocak 2010	32.760	10.277.164
Şubat 2010	28.500	8.297.799

Tablodan da açıkça görüleceği üzere kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısı 2009 yılında büyük bir artış göstermiş ve bir önceki yıl 650 iken bu yılda 508.253'e çıkmıştır. Bu olağanüstü artışın 2008 ekonomik krizinin 2009 yılındaki yansıması ve işletmelerde yarattığı olum-

suz sonuçlardan kaynaklandığını tespit etmek güç olmasa gerekir. Ancak burada ilginç olan husus yaklaşık 570.000 işçiye genel ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma ödeneği ödenirken Çalışma Bakanının bugüne kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla bir genel ekonomik krizin varlığını açıklamamış olmasıdır. Oysa Yönetmeliğin md.5/f.2 ve f.3 hükümlerine göre, genel ekonomik krizin varlığını, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı duruma açıklık getirir (f.2). İkinci fıkrada belirtilen duruma açıklık getirilmeden, genel ekonomik kriz gerekçesi ile yapılan başvurular ile zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvurular Kurum tarafından reddedilir (f.3).

Mevzuatın uygulanmasında siyaseten ortaya çıkan farklılaşmalar bir yana bizim burada tespit etmek ve tartışmak istediğimiz Bakanlığın dolaylı da olsa 2008 yılının sonu ve 2009 yıllarında ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayları, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları genel ekonomik kriz olarak kabul etmesi ve bu krizden etkilenen muhtelif sayıdaki işyeri veya işletmede çalışan bugüne kadar yaklaşık 570.000 işçiyi kısa çalışma ödeneğinden yararlandırması karşısında kısa çalışmanın bu krizden etkilenen işyerlerinde işletme gerekleri nedeniyle feshe alternatif ve daha hafif nitelikte bir tedbir olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Zira işletme gerekleri ile feshin bir unsuru olarak ultima-ratio ilkesi kapsamında kısa çalışmanın bu nitelikte kabul edilmesi halinde, genel ekonomik kriz nedeniyle iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilmesinden önce işverenin bir tedbir olarak kısa çalışma ödeneğine başvurmaması, fesih son çare olarak uygulanmadığından geçersiz bir feshin sonuçlarını doğuracaktır.

II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ – ULTIMA-RATIO (SON ÇARE) İLKESİ VE KISA ÇALIŞMA

4857 sayılı Kanunun öngördüğü geçerli fe-

sih nedenlerinden biri de işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. Kanunun 18. maddesi gerekçesinde bu nedenler işyeri içinden ve dışından kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmiştir. Buna göre işyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesidir. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin fesih için bir neden oluşturabilmesi için işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, işçinin işyerinde çalıştırılma ihtiyacını sürekli bir şekilde ortadan kaldırması gereklidir⁴.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshin geçerlilik koşullarından diğeri ise feshin son çare olarak düşünülmesidir. Bu koşul Kanunda yer almasa da 18. madde hükmünün gerekçesinde zikredilmiştir. Buna göre, “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesih-ten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

Görüldüğü üzere işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshin geçerli olması için, işçinin işgücüne duyulan ihtiyacın sürekli bir şekilde ortadan kalmasına yol açan nedenlerin varlığının ispatlanması tek başına yeterli olmamakta, işveren tarafından bu nedenlere rağmen mümkün olduğu ölçüde iş ilişkisinin ayakta tutulmasının sağlanması aranmakta, bu kapsamda feshe oranla daha hafif tedbirlerle, fesihle ulaşılmak istenen amaca ulaşılabiliriyorsa fesih-ten kaçınılması öngörülmektedir⁵. Her ne kadar gerekçede zikredilse de Kanunun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden işveren bakımından doğrudan bu yönde bir yü-

kümlülük çıkmamaktadır. Ancak genel olarak hukuka, özel olarak da iş hukukuna hakim ilkelere hareketle bu yönde bir sınırlamanın işveren bakımından öngörülmesi mümkündür. Bu konudaki ihtilafların çözümünde kendisine başvuru ilke, doğruluk ve güven kurallarının uygulanmasının bir görünümü olan “ölçülülük ilkesi”dir⁶. Zira biz de kısa çalışmanın işletme gerekleri nedeni ile feshe göre daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığının tespitinde bu ilke ve onun alt ilkelerinden faydalanacağız.

1. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi esas olarak kaynağını anayasadan bulan ve ağırlıklı olarak idare hukukunda uygulanan genel bir hukuk ilkesidir. Bu ilke, bir amaca ulaşmak için başvuru aracının amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder⁷. Kamu hukukundan çıkan bu ilkenin özel hukuk alanında da uygulama alanı bulacağı, bunun temelinde de ölçülülük ilkesinin doğruluk ve güven kurallarının somut bir uygulaması olmasının yattığı kabul edilmektedir⁸. Ölçülülük ilkesi özel hukukta daha yoğun olarak yenilik doğuran hakların kullanılmasında uygulama alanı bulmaktadır⁹. Zira yenilik doğuran hakkın kullanılması ile hak sahibi karşı tarafın hukuk alanında yeni bir durum meydana getirmektedir. Tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan ve muhatabının kabulüne gerek bulunmayan bu hakkın kullanılmasıyla yeni bir hukuki ilişki meydana getirilmekte, mevcut hukuki ilişki değiştirilmekte veyahut tamamen ortadan kaldırılmaktadır¹⁰. Dayanağı bir kanun ya da sözleşme olsa da bu tür bir hakkın kullanılması özellikle bozucu yenilik doğuran haklar itibarıyla, karşı tarafın hukuk alanına ağır bir müdahale niteliği taşıyabilir. İşte bu nedenledir ki bu müdahalenin meşruluğunun denetlenmesinde ölçülülük ilkesi önemli bir yere sahiptir¹¹. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de ölçülülük ilkesini, feshin olağan veya olağanüstü fesih niteliğinde olup olmadığına, feshin işletmeye, işçinin kişiliğine veya davranışlarına dayanıp dayanmadığına bakmaksızın uygulamakta ve feshin ancak işçinin başka bir şekilde çalıştırılması imkanı

Kısa çalışma ancak geçici nitelikteki üretim düşüşü ve buna paralel işgücü ihtiyacındaki azalmanın mevcudiyeti halinde feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliği taşır.

kalmamışsa, son çare olarak uygulanmasına imkan tanımaktadır¹².

İş hukukunda fesih de bozucu yenilik doğuran bir hak olması niteliğiyle, muhatabı işçi bakımından karşılaşılabileceği en büyük riski ifade eder ki, o da işsizliktir. Bu nedenlerdir ki iş hukuku düzenleri, muhtelif vasıtalarla işverenin fesih hakkını sınırlandırmaya çalışmaktadır. 4857 sayılı Kanunun öngördüğü iş güvencesi sistemi de işçinin işinin sürekliliğinin sağlanması anlamında feshin geçerli bir nedene bağlanmasını öngörmüştür. Ancak salt feshi gerekli kılan bir nedenin varlığı, feshin geçerliliği bakımından yeterli değildir; bozucu yenilik doğuran hak olarak fesih, muhatabı işçinin hukuk alanına ağır bir müdahale niteliği taşıdığından, hedeflenen amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olması ve ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gereklidir. Yani iş güvencesi kapsamında işverenin feshi, Kanunda açıkça öngörülme de ölçülülük ilkesinin sınırlarına tabidir. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında geçerli feshin denetlenmesinde ölçülülük ilkesini feshin son çare olması itibarıyla kullanmaktadır¹³.

Ölçülülük ilkesinin hukuki niteliği genel anlamda ortaya konulduktan sonra kısa çalışmanın ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır. Bunun için öncelikli olarak ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri ele alınarak bunlarla bağlantılı olarak kısa çalışmanın, işletme gerekleri nedeniyle feshe nazaran daha hafif bir tedbir mahiyetinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Ancak yeri gelmişken belirtilmelidir ki, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılmamaktadır. Ölçülülük ilkesinin amacı genel anlamıyla feshin işletmesel amaca ulaşmak bakımından yegane çözüm olup ol-

madığını değerlendirmektir ki, bu esas itibarıyla başvuru tedbirin gerekliliği ile ilgili bir husustur¹⁴.

2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri ve Kısa Çalışmanın Daha Hafif Bir Tedbir Niteliği

Yukarıda da belirttiğimiz üzere muhatabı aleyhine hukuki sonuç doğuran işlemlerin, bununla güdülen amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olması ve amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gereklidir. Buradan bir üst ilke olarak ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri çıkarılabilir ki, bunlar elverişlilik, gereklilik ve oranlılık (dar anlamda ölçülülük) ilkeleridir.

a. Elverişlilik İlkesi

Ölçülülük ilkesi kapsamında başvuru elverişlilik ilkesi ile denetlenen, belirli bir amaca ulaşmak için başvuru veya başvurulması beklenen aracın, bu amacı gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olup olmadığıdır¹⁵. Eğer amacın gerçekleştirilmesi için seçilen araç, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli değilse yani amacın gerçekleştirilmesini güçleştiriyorsa veya amaca ulaşma anlamında herhangi bir etki doğurmuyorsa, bu tedbirin amaç-arac ilişkisi bakımından başvurulmaması gereken veya başvurulması beklenmeyen bir tedbir olarak kabul edilmesi gereklidir. İş güvencesi bakımından da işletme gerekleri nedeniyle fesih ile birlikte hangi tedbirlerin, bu yolla ulaşmak istenen amacı aynı ölçüde etkili bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olduklarının tespitine çalışılır. Ancak işverenden aşırı masraflı veya işletmeye zarar verecek önlemler alması veya işçiye iş yaratması beklenmez¹⁶.

Bununla birlikte aracın amacı gerçekleştirmede mutlak anlamda elverişli olması aranmalı, aracın bu anlamda kısmen elverişli olması da yeterli kabul edilmelidir¹⁷. Çünkü aracın amacı gerçekleştirmede elverişli olup olmadığı bir tahminin neticesidir; aracın, örneğin iş güvencesi kapsamında feshin, ekonomik krizin atlatılması için alınan işletmesel kararları gerçekleştirmekte etkili olup olmayacağı yani iş-

letmesel kararlar hedeflenen amaca ulaşmakta elverişli olup olmadığı fesihten önce yapılan bir tahmine dayanır ki, tahmin doğası gereği bir bilinmezliği ve belirsizliği de bünyesinde barındırır¹⁸. Bu nedenle işverenin başvurduğu tedbirin hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça amaca uygun olmadığı tespit edilmesinin dışında kalan hallerde kural olarak aracın amacı gerçekleştirmekteki elverişliliğine ilişkin işveren tahminine itibar edilmelidir¹⁹. Önemli olan, fesih anında mevcut olaylara dayanılarak yapılan tahminin objektif bir bakış açısı ile savunulabilir olması ve tutarlı kabul edilebilmesidir²⁰.

İşletmesel gereklerle feshin son çare olması anlamında kısa çalışmanın feshe oranla başvurulması gereken daha hafif bir tedbir niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için, kısa çalışmanın, hedeflenen amacı, örneğin genel ekonomik kriz nedeniyle ortaya çıkan talep azalması karşısında işgücü ve personel ihtiyacını uyumlaştırma amacını gerçekleştirmekte elverişli bir yöntem olup olmadığı değerlendirilmesi gerekecektir. Bunun için işyerinin mevcut koşullarının göz önünde bulundurulması lazımdır²¹.

İşletme içi veya işletme dışı nedenlerden kaynaklanan talep azalması karşısında, işletmenin sürekliliğinin sağlanması anlamında üretimin azaltılması için işverenin önünde temel olarak iki seçenek vardır ki bunlar işyerinin mevcut işçilerini daha az çalıştırmak veya daha az sayıdaki işçi ile çalışmaya devam etmektir; böylece işveren işgücü ihtiyacını üretim ihtiyacı ile uyumlaştırmak imkanını bulabilir. İş hukuku anlamında bunlar kısa çalışma ve işletme gerekleri nedeniyle fesih olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda kısa çalışmanın feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için, kısa çalışmanın, işyerinde talep azalmasına karşılık daha az üretim yapmak ve personel giderlerinde çalışma sürelerine mukabil bir düşüş sağlamak amacını gerçekleştirmeye elverişli olması gereklidir. Elverişliliğin tespitinde belirleyici unsur, kısa çalışmanın ortaya koyduğu geçici dönem neticesinde işyerinin yeniden normal çalışma düzeyine dönüp dönmeyeceğidir; farklı bir ifadeyle,

genel ekonomik krizden etkilenen işyerindeki üretim azalmasının, buna paralel olarak iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi sürekli mi olduğudur²². Kısa çalışma ancak geçici nitelikteki üretim düşüşü ve buna paralel iş gücü ihtiyacındaki azalmanın mevcudiyeti halinde feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliği taşır²³.

Bilindiği üzere kısa çalışma niteliği itibarıyla geçici bir tedbir mahiyetindedir. Bu dönemin sona ermesiyle işyerinde tekrar normal çalışma süreleri rejimine dönülür. Oysa işletme gerekleri ile feshin geçerliliğinin öncelikli şartı işçiye duyulan iş gücü ihtiyacının sürekli şekilde ortadan kalkmış olmasıdır²⁴. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de 1989 yılında verdiği bir kararda²⁵, sürekli iş gücü azalmasının mevcut olduğu durumlarda kısa çalışma ile feshinden kaçınma imkanı bulunmadığından personel azaltımının zorunlu olduğunu kabul edilmiştir. Zira mahkemeye göre kısa çalışma, işgücü ihtiyacındaki eksilmenin süresine bağlıdır; eğer bu süre geçici değilse bir sona erdirmeye nedeninin mevcut olduğu söylenecektir. Yargıtay da işletme dışı nedenlerin varlığı halinde krizin geçici olup olmadığı mahkemece denetlenmesi gerektiği görüşündedir²⁶. Dolayısıyla işverenin işletme gerekleri ile fesihten önce, kriz nedeniyle ortaya çıkan talep azalmasının ve buna bağlı üretim düşüşünün ve de işgücü ihtiyacındaki fazlalığın geçici mi olduğunu yoksa artık feshe konu işçinin işgücüne bundan sonra sürekli olarak mı ihtiyaç duyulmayacağını öngörmesi gerekmektedir.

Bu itibarla işverenin fesihten önce yapacağı aslında bir tahmindir²⁷. Zira burada işveren, iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi sürekli mi olduğuna ilişkin bir öngöründe bulunmaktadır. Ancak bunun bir tahmin olması denetim dışı olduğu anlamına gelmez; ancak iş gücü ihtiyacının geçiciliğine ilişkin işletmesel tahmin mahkeme tarafından sadece nesnellik, mantıklılık ve keyfilik denetimine tabi tutulabilir²⁸. Bu kapsamda işveren, tahmininin dayanağı olan nedenleri objektif olarak ortaya koymalı ve ispatlamalıdır.

İşyerine ve işe ilişkin mevcut koşulların değerlendirilmesini içeren tahmin neticesinde eğer iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici

olduğu olasılığı kabul edilebiliyorsa işverenin doğrudan işletme gerekleri nedeniyle fesihle bulunması halinde fesih geçerli değildir. Zira bu durumda doğası itibarıyla işyerindeki geçici iş gücü ihtiyacındaki azalmalara karşılık işyerinin ve işin sürekliliğinin sağlanmasını amaçlayan kısa çalışma, iş güvencesi hukukuna hakim ölçülülük ilkesi kapsamında bu dönemi aşmak anlamında elverişli ve feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğindedir²⁹. Daha hafif bir tedbir mevcutken işverenin buna başvurmadan fesih yoluna gitmesi fesih son çare niteliğine kavuşmadığından geçerli olmayacaktır.

Bununla birlikte işyeri içi nedenlerle yani işverenin doğrudan işletmesel kararına dayanan bir yeniden yapılanma tedbiri ile, işyerinin bir bölümü kapatılmış, kimi bölümler birleştirilmiş veya kimi pozisyonlar ortadan kaldırılmış ve bu nedenle bir iş gücü fazlalığı ortaya çıkmışsa, bu fazlalık sürekli bir nitelik taşıdığından bu durumda kısa çalışmaya başvurulması mümkün değildir³⁰. Dolayısıyla işletmesel kararın uygulanması ile işgücü ihtiyacındaki azalmanın süreklilik taşıdığı hallerde kısa çalışmanın ölçülülük ilkesiyle feshin son çare olması anlamında daha hafif bir tedbir mahiyetinde olup olmadığının denetlenmesine gerek yoktur.

Burada tartışılması gereken bir husus ise, geçicilikten ne anlaşılması gerektiğidir. Doktrindeki kimi görüşler geçiciliğin tespitinde Kanunun "kısa çalışma" için öngördüğü sürenin esas alınması gerektiği kanaatindedirler³¹. Nitekim Engin'e göre, kanun askı halini en fazla 3 ayla sınırlandırarak geçicilikten ne anlaşılması gerektiğini kendisi belirlemektedir; 3 ayın aşılması halinde ifayı kabul engelinin sürekli hale geldiği ve işverenin geçerli nedene dayanarak süreli fesih yoluna gidebileceğinin kabul edilmesi gereklidir. Yazar ayrıca feshin gündeme geldiği andan feshe ilişkin bildirim önellerinin sonuna kadar olan sürenin de dikkate alınması gerektiği dolayısıyla 3 ay ve buna ilave olarak bildirim önellerinin sonuna kadar olan sürenin feshin geçerliliğinde esas alınması görüşündedir³². Kanaatimizce de Engin'in belirttiği gibi 13.01.2009 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkındaki Yönetmelik md. 3'e göre kısa çalışma, en fazla üç ay süreyle;

işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını ifade etmekte olup, md. 7'ye göre kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmamak kaydıyla kısa çalışma süresi kadardır. Dolayısıyla Yönetmeliğin belirlediği 3 aylık sürenin esas alınarak eğer fesih tarihinde, talepteki azalmaya bağlı iş gücü ihtiyacındaki fazlalığın bu süre içinde ortadan kalkıp işyerinde tekrar krizden önceki şekilde tam olarak çalışılacağı öngörülüyorsa, bu durumda yapılacak işletme gerekleri ile feshin geçersiz olması gerekir; çünkü Kanunun öngördüğü kısa çalışma düzenlemesi işverene geçici olan bu dönemin atlatılması ve fesih-ten kaçınma için gerekli imkanı sunmaktadır³³. Şöyle ki, bu dönemde çalışma süresini azaltan veya işyerini tamamen kapatan işveren, işçi ücretlerinde tasarrufa gitmekte, işçiler ücretlerini mevcut şartların yerine getirilmesi kaydıyla işsizlik sigortası fonundan almaktadırlar. Bu itibarla kısa çalışmanın fesihle hedeflenen amacı karşılamak konusunda elverişli ve feshe oranla daha hafif bir tedbir mahiyetinde olduğu söylenebilir. Kısa çalışmanın elverişli bir tedbir olup olmaması anlamında işverenin yapacağı tahmin her ne kadar subjektif olup, belirsizlikler içerse de yargı denetimine tabidir; işletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işveren üretimdeki azalmanın geçici olmadığını, iş gücü ihtiyacının sürekli bir şekilde ortadan kalktığına ilişkin tahmininin dayanaklarını ispat etmelidir³⁴.

Kısa çalışmanın fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğunun söylenebilmesi için, hukuken mümkün olması yani kanuna veya sözleşmeye aykırı olmadan uygulanabilmesi gereklidir³⁵. Eğer somut olayın şartları bakımından işverenin işyerinde kısa çalışma yaptırması hukuken mümkün değilse bu durumda kısa çalışmanın bir işletmesel tedbir olarak elverişli olduğu söylenemez.

b. Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesi, bir amaca ulaşmak için bir başkasının hukuk alanına müdahale edilmesinin gerektiği

hallerde, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirler arasından, karşı tarafın hukuk alanına hiç veya en az müdahale eden, karşı taraf aleyhine an az sonuç doğuran tedbirin seçilerek uygulanmasını ifade eder³⁶. Buna göre fesih dışında, fesihle öngörülen amacı gerçekleştirmeye en az fesihle aynı ölçüde etkili ancak feshle oranla daha hafif bir tedbirin varlığı halinde işverenin, fesih yerine işçi bakımından daha az aleyhe sonuç doğuran tedbiri uygulaması gerekir; aksi halde fesih geçersiz hale gelecektir. Bu hali itibariyle gereklilik ilkesi bağlamında ölçülülük ilkesi ile ultima-ratio (son çare) ilkesi eş anlamlı olarak kullanılmaktadır³⁷. Zira ultima-ratio ilkesi sözleşmenin feshi yoluna gitmeden önce fesihle kaçınmak için mümkün bütün yolların denenmesi, buna rağmen iş sözleşmesinin ayakta tutulması sağlanamıyorsa feshinin gündeme gelmesini ifade eder³⁸. Bu ilke de temelini MK. md. 2'deki doğruluk ve güven kurallarında bulmaktadır³⁹.

Gereklilik ilkesi itibariyle işveren fesihle ulaşmak istediği amaca daha hafif bir tedbirle ulaşmasının mümkün olup olmadığını değerlendirecektir. Ancak bunun için fesih anında fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirlerin varlığı gerekir. Bu nedenle gereklilik ilkesi öncelikle bir elverişlilik değerlendirmesini gerekli kılar⁴⁰. İşverenin fesihle öngördüğü amacı gerçekleştirmeye aynı ölçüde elverişli yani aynı ölçüde etkili sonuçlar doğuracak bir tedbir mevcut değilse işverenin karşı taraf için daha hafif sonuçlar doğursa da bu tedbiri seçme yükümlülüğü yoktur⁴¹.

İş güvencesi hukuku kapsamında fesih, işçinin karşılaşılabileceği en büyük risktir. Dolayısıyla konumuz itibariyle ekonomik krizden kaynaklı işletme gerekleriyle feshle göre iş sözleşmesini sona erdirmeyip, sadece içeriğinde değişiklikler yaparak iş ilişkisini ayakta tutmayı amaçlayan tedbirlerin daha hafif tedbir niteliğinde olduğu söylenebilecektir⁴². Bu anlamda kısa çalışma da işletme gerekleri ile fesih karşısında kanaatimizce bu niteliktedir. Şöyle ki, işletme gerekleri ile fesihle işverenin amacı, işletmenin personel sayısını, üretim ihtiyacıyla paralel işgücü ihtiyacıyla uyumlaştırmaktır. Diğer bir ifadeyle ekonomik kriz nedeniyle

ortaya çıkan talep azalması neticesindeki üretim düşüşüne paralel olarak personel sayısını da düşürmek ve böylece personel fazlalığının yaratacağı iktisadi yükü azaltarak verimliliğini ve karlılığını devam ettirmektir. Ancak bunun neticesi bir kısım işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. Kısa çalışma ise, öncelikli olarak etkisini çalışma süreleri üzerinde göstererek, çalışma sürelerinin azaltılmasına imkan tanımakta ve buna paralel olarak işçi ücretlerinde bir düşüş meydana getirmektedir. Dolayısıyla kısa çalışma ile işveren, ekonomik kriz nedeniyle talepteki azalmaya rağmen personel sayısının aynı kalmasından doğacak iktisadi riski geçici bir dönem ortadan kaldırmaktadır. Zira işçiler kısa çalışma dolayısıyla ortaya çıkan ücret kayıplarını kısa çalışma ödeneği ile gidermektedirler. Bu anlamda kısa çalışmanın işletme gerekleri ile fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmek anlamında elverişli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kısa çalışma iş sözleşmesinin içeriğinde değişiklik yapmakla birlikte sözleşmenin mevcudiyetine dokunmadığından, bir diğer ifadeyle sözleşmeyi askıya aldığından feshle oranla daha hafif bir tedbir niteliğindedir ve bu itibarla da gereklidir⁴³.

c. Oranlılık İlkesi (Dar Anlamda Ölçülülük İlkesi)

Oranlılık, doktrindeki diğer ifadesiyle dar anlamda ölçülülük ilkesi, amaçla, bu amacın gerçekleştirilmesi için müracaat edilecek araç arasında bulunan ilişkiyi esas alır. Buna göre amaç ile araç birbiriyle oranlı bir ilişki içinde olmalıdır⁴⁴. Bu ilkeyi fesih hukukuna uyguladığımızda ise, işverenin fesih kararına öncelik eden amaç ile bu amacın gerçekleştirilmesi anlamında en nihai tedbir niteliğinde olan araç olarak feshin birbiriyle ölçülü olması gerekir. Bu ise tarafların, amaç-araç ilişkisi kapsamında yapılacak bir menfaat değerlendirmesini gerekli kılar⁴⁵. İşvereni iş sözleşmesinin içeriğine veya varlığına müdahale etmesini gerektirecek nedenin ağırlığı ve bu anlamda işverenin menfaatleri ile, amacın gerçekleşmesi için seçilecek tedbir ve bu tedbirden etkilenecek işçinin menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılır. Buna göre işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesi

ile sona erdirmeye ilişkin menfaatleri arasında bir oransızlık söz konusu ise işveren fesih yerine amacı gerçekleştirmekle oranlı başka bir tedbiri uygulamalıdır. Aksi takdirde işverenin meşru olmakla birlikte küçük ve önemsiz bir amacının gerçekleştirilmesi için dahi fesih yoluna başvurması gündeme gelir ki bu durumda feshe muhatap olan işçinin menfaatlerinin aşırı zararı söz konusu olacaktır.

İşte bu anlamda kısa çalışmanın da oranlılık ilkesi kapsamında işverenin amacıyla oranlı bir ilişki içinde bulunması gereklidir. Bunun için genel ekonomik krize bağlı talep azalması nedeniyle üretimi düşen, bu nedenle de personel fazlalığı doğan işletmede personel ihtiyacı ile üretim miktarını uyumlaştırma amacını gerçekleştirmede başvurulacak işletmesel tedbirlerin somut olaydaki taraf menfaatleri bakımından ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi yapılır. Böylece kısa çalışmanın feshe nazaran amaçla daha oranlı bir ilişkisinin varlığı aranır.

III. İŞLETMESEL KARAR ÖZGÜRLÜĞÜ VE KISA ÇALIŞMA İLİŞKİSİ

Üretimdeki düşüş nedeniyle ortaya çıkan personel fazlalığının yarattığı iktisadi riski ortadan kaldırmak gibi meşru bir amacı hedeflemekle birlikte işletme gerekleri ile fesih, ancak işveren işyerindeki bu duruma iş tekniğinde, iş organizasyonunda veya ekonomik alandaki tedbirlerle çözüm bulamıyorsa geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracaktır. Buna göre işçinin işinin veya işyerinin değiştirilmesi, bu konularda esaslı olan veya olmayan değişiklikler yapılması, çalışma sürelerinde veya ücretlerde değişiklik yapılması veya işçiye mesleki eğitim verilerek çalışma ilişkisinin sürdürülmesi daha hafif ve feshe alternatif tedbirler niteliğindedir⁴⁶. Dolayısıyla işverenin bu riski feshe göre daha hafif ancak en az fesih kadar etkili bir başka tedbirle karşılayabilmesi imkanı mevcutsa, ölçülülük ilkesine uymadığı ve son çare olarak uygulanmadığından feshin geçersizliğine hükmedilecektir. Konumuz itibarıyla kısa çalışma da somut olayın şartları göz önüne alındığında iş organizasyonundaki bir değişik-

likle genel ekonomik krizin yarattığı geçici iş gücü fazlalığını iş sözleşmesinin mevcudiyetine zarar vermeden giderme imkanı tanıdığından feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliği taşıyabilir ve kanundaki şartların mevcudiyetine rağmen uygulanmaması somut olayın şartları da göz önüne alındığında feshin geçersizliğine yol açabilir.

Görüldüğü üzere iş güvencesi kapsamında işverenin fesih yerine teknik, ekonomik veya organizasyonel tedbirlerle meşru bir menfaatini temin etmesi öngörülmektedir. İşte bu noktada işletme gerekleri ile fesihten önce daha hafif bir tedbir olarak kısa çalışmanın denenmiş olmasını aramanın işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı çok temel bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Zira her ne kadar ölçülülük denetimi medeni hukuka hakim doğruluk ve güven kurallarının bir neticesi olmakla birlikte bu ilkenin aşırı biçimde uygulanması işverenin ekonomik kararlarının hakim denetimi ve tercihlerine açılması ve işverenin fesih hakkının kanunun öngörmediği şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracağı söylenebilir⁴⁷. Zaten bu çelişki nedeniyle kısa çalışmanın ölçülülük ve feshin son çare olması ilkesi bakımından başvurulması gereken daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığı gerek Türk gerekse karşılaştırılmalı hukuklarda kesin olarak cevaplandırılmış değildir. Örneğin Alman hukukunda Federal İş Mahkemesi kararları yönünden bu konuda tam bir netlikten bahsedilemez. Zira 1964 tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme⁴⁸, işverenin ekonomik darboğazdan çıkmak için adımlar atması gerektiğini, ancak işverenin hangi tedbirleri alacağı onun işletmesel karar özgürlüğü kapsamında olduğunu, objektif olduğunu, makul olduğu ve keyfi olmadığı sürece bunun amaca uygunluk denetiminin yapılamayacağını belirtmektedir. Ancak Mahkemeye göre bu durum aynı zamanda tarafların menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılmasını da dışlamaz ki bu değerlendirme kapsamında işletme gereklerinin fesih dışında kısa çalışma ile karşılanıp karşılanmayacağı denetlenir. Eğer ekonomik darboğazdan çıkmak anlamında kısa çalışmanın uygulanması mantıklı ve mümkün

görünüyorsa, kısa çalışma uygulamadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde acil işletme gereklerinin varlığından söz edilmez.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin 1986 tarihli kararında⁴⁹ ise konu kısmen tartışılmış ve mahkemenin değerlendirmesinin eğer kısa çalışma uygulansaydı fesihden kaçınma imkanı mevcut olur muydu şeklinde bir soruyu içermediği kararına varılmıştır. Ancak bu davada asıl tartışılan işletme konseyinin kısa çalışma uygulamasında karar hakkına sahip olup olmadığıdır ki buna göre eğer işletme konseyi kısa çalışma uygulamasını açıkça reddederse, işverenin fesih yerine kısa çalışma uygulamaması nedeniyle ultima-ratio ilkesine aykırı davrandığının söylenemeyeceği kanaatine varılmıştır.

Federal İş Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir kararda⁵⁰, sürekli iş gücü azalmasının mevcut olduğu durumlarda kısa çalışma ile fesihden kaçınma imkanı bulunmadığından personel azaltımının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Zira mahkemeye göre kısa çalışma, işgücü ihtiyacındaki eksilmenin süresine bağlıdır; eğer bu geçici değilse bir sona erdirmeye nedeninin mevcut olduğu söylenecektir.

Görüldüğü üzere işverenden fesih yerine kısa çalışmaya başvurmasını beklemenin onun işletmesel karar özgürlüğünü ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. En genel anlamıyla işletmesel karar özgürlüğü, kaynağını Anayasanın girişim ve sözleşme özgürlüğünde bulan ve piyasa ekonomisinin kuralları içerisinde işletmenin kârından nemalanan ve buna karşılık zarar riskine katlanan işverenin işyeriyle ilgili teknik, ekonomik ve organizasyonel kararları alabilmesini ifade eder⁵¹. İşletmesel kararlar iş sözleşmesinin feshi arasındaki ilişki incelendiğinde ise kanaatimizce de feshin başlı başına bir işletmesel karar olmadığı görülür⁵². Yukarıda da belirttiğimiz üzere işletmesel karar işverenin ekonominin ve sektörün mevcut ve gelecekte öngörülen durumu, rekabet şartları ve üretim teknikleri itibarıyla, neyi, ne kadar ve nasıl üreteceğine, hangi üretim ve satış politikalarına göre davranacağına dair verdiği kararlardır. Bu anlamda ekonomik kriz neticesinde ortaya çıkan talep azalması nedeniyle üretimin düşürülmesi ve bu nedenle işyerinde işgücü

ihtiyacındaki azalma nedeniyle personel fazlalığı çıkması durumunda, bu fazla personelin yaratacağı ekonomik yükün doğuracağı riski üzerinde taşımak istemeyen işverenin iş gücü ihtiyacıyla personel miktarını birbiriyle uyumlaştırmak istemesi bir işletmesel karardır. Ancak bu karar neticesinde kimi işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi başlı başına bir işveren kararı olmayıp işletmesel kararın amacının gerçekleşmesinin sağlanması için uygulanan bir işletmesel tedbirdir⁵³. Dolayısıyla işletmesel karar denetim dışı olsa da işverenin bu karar neticesinde uyguladığı tedbirler mahkemelerin denetimine tabidir.

İşletmesel karar işverenin tercihlerini içerdiğinden mahkemelerin amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi değildir; işveren işletmesel kararın amacını ve içeriğini serbestçe belirleyebilir⁵⁴. İşverenin işletme içi veya dışı nedenler karşısında ne şekilde davranacağı kendi takdirindedir⁵⁵. Zira işletmesel kararın doğruluğu ve yerindeliliğinin sorumluluğu, işletmenin iyi veya kötü yönetilmesi anlamında işverene aittir. İşletmesel karar sadece açıkça tutarsız ve keyfi olup olmadığı yönlerinden denetlenebilir⁵⁶. Bununla birlikte feshin geçersizliğine ilişkin bir davada hakim işletmesel kararı yerindelik bakımından denetleyemese de işletmesel kararın somut olaydaki şekliyle alınmasını gerektiren vakıaların gerçekten mevcut olup olmadığını, bunların objektif anlamda feshi zorunlu kılmadıklarını ve işletme gereklerinin personel ihtiyacının personel sayısı ile uyumlaştırılmasını zorunlu kıldığına tespit edilmesi halinde ise, bu amacın fesih dışında daha hafif başka bir tedbirle gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığını denetleyebilir⁵⁷. Nitekim Kılıçoğlu/Şenocak'ın da yerinde bir şekilde ifade ettikleri üzere aksine bir düşünce İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sistemini anlamsız kılar; zira bu durumda işveren her türlü işletme gerekleri ile feshin denetiminden, feshin açıkça kötüye kullanıldığı haller hariç, fesih kararının da bir işletmesel karar olduğu ve bu nedenle mahkemelerin denetimi dışında buldukları savunmasıyla kurtulmuş olur⁵⁸. Yargıtay da iş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli ted-

birlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinin işverenin tekelinde olmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde işletmesel kararın gerekliliğinin de denetlenebileceği kanaatindedir⁵⁹. Preis'a göre de fesih anında bir yandan işçilere fazla çalışma yaptıran diğer yandan geçici işçi çalıştıran işveren, bu vakıalara rağmen işyerindeki işgücü ihtiyacının neden azaldığını makul bir şekilde ortaya koymalıdır; işyerinde fazla çalışma yaptırılması ve geçici işçi çalıştırılmasının bir işletmesel karar olduğu tartışmasızdır; ancak bu kapsamda organizasyonel işletme tedbirinin doğruluk-akla yatkınlık (Plausibilitaet) bakımından değerlendirmesi yapılır⁶⁰.

Buna göre, işgücü ihtiyacının geçici olarak azaldığı durumlarda işletme gerekleri ile fesih, mahkemenin denetimi dışındaki amacın gerçekleştirilmesinin fesih dışındaki daha hafif bir tedbirle sağlanmasının mümkün olup olmadığının hakim tarafından denetlenmesi işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale niteliği taşımaz⁶¹. Zira burada denetime tabi tutulan işletmesel kararın kendisi değil bu kararın uygulanmasını, amacın gerçekleştirilmesini sağlayan işletmesel tedbirdir; denetleme konusu ise işletmesel amaca fesih dışında aynı ölçüde etkili bir başka tedbirle ulaşmanın mümkün olup olmayacağıdır⁶². Eğer işveren aynı amacı, örneğin geçici bir kriz dolayısıyla ortaya çıkan personel sayısını üretim ihtiyacıyla uyumlaştırma amacını, iş sözleşmesini feshetmeden de gerçekleştirebiliyorsa, yapılacak fesih geçersiz olur. Zira bu durumda aslında bir menfaatler karşılaştırması yapılır. İşverenin menfaati, ekonomik krize bağlı üretimdeki düşüş nedeniyle ortaya çıkan personel fazlalığının yarattığı ekonomik riski ortadan kaldırmaktır. İşveren bu menfaatini iş sözleşmesinin feshi yerine, kanunun tanıdığı bir imkan olarak kısa çalışma ile aynı fesih gibi etkili olacak şekilde temin etmesi mümkün ise bu durumda işletmesel kararın muhatabı olarak işçinin menfaatleri dikkate alınır. Zira işveren kısa çalışmayla, işgücü ihtiyacına kıyasla fazla olan personelin ücret yükünden kurtulmakta, iş sözleşmeleri askıya alınmakta ve işçiler şartların oluşması halinde ücretlerini işsizlik sigortası fonundan karşılamaktadırlar ki bu durumda

riskin geçici bir dönem için işveren üzerinden alınması söz konusudur. Dolayısıyla bu durumda işçinin menfaati nazara alınacaktır ki, işçinin menfaati iş sözleşmesinin devamıdır, zira işçi bakımından en büyük risk özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işsizliktir. Bu durumda gerek fesihle gerekse kısa çalışmayla menfaatleri temin edilen işveren, işçiye en az zarar verecek tedbiri seçmelidir. Bu, genel olarak kaynağını doğruluk ve güven kurallarından alan ve hukukun tüm dallarına hakim olan ölçülülük ilkesinin, onunla eş anlamlı olarak kullanılan ultima-ratio (son çare) ilkesinin, ayrıca da iş hukuku bakımından işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir.

Görüldüğü üzere iş sözleşmesinin feshinin denetlenmesinde denetlenen işletmesel karar değil bir işletmesel tedbir olarak feshin kendisidir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi kapsamında kısa çalışmanın feshe alternatif daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığı ve bu anlamda feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığının denetlenmesi işletmesel karar özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşımaz.

IV. KISA ÇALIŞMANIN UYGULANMASI SIRASINDA İŞLETME GEREKLERİ İLE FESİH

Kısa çalışma niteliği itibariyle geçici nitelikte bir tedbirdir ve iş sözleşmesini askıya alan bir sonuç doğurmaktadır. Tarafların temel edim yükümlülükleri askıda olsa da bunun dışında kanundan ve sözleşmeden doğan borçları devam etmektedir. Dolayısıyla bu dönemde iş sözleşmesinin işçi ve işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi elbetteki mümkündür. Ancak tartışmalı olan, işletme gerekleri ile feshe alternatif bir tedbir olarak uygulanan kısa çalışma sırasında yine işletme gerekleri ile fesih yapılabilmeyeceğidir. Kural olarak kısa çalışmanın işletme dışı ekonomik nedenlere dayanması halinde kısa çalışma sırasında işletme gerekleri ile fesih yapılamaz; zira kısa çalışmanın uygulanması, işletme dışı nedenlerden kaynaklanan iş gücü fazlalığının geçici nitelikte olduğunun bir işaretidir⁶³. Oysa işletme gerekleri ile feshin

söz konusu olması için iş gücü ihtiyacının sürekli bir şekilde ortadan kalkmış olması gereklidir. Ancak bu, kısa çalışma sırasında işletme gerekleri ile feshin tamamen dışlandığı anlamına gelmemelidir⁶⁴. Kısa çalışma döneminde de olsa işçiye duyulan iş gücü ihtiyacını sürekli bir şekilde ortadan kaldıran işletme gereklerinin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi geçerli olarak feshedilebilir. Örneğin kurucu işveren kararı neticesinde işyerinde yeni bir organizasyona gidilmesi, iş gücünün yeniden yapılandırılması, rasyonalizasyon tedbiri olarak yeni bir makine edinimi, bir bölümün kapatılması gibi nedenler kısa çalışmaya muhatap işçiye duyulan iş gücü ihtiyacını sürekli olarak ortadan kaldırıyor ise işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih gündeme gelebilir⁶⁵.

V. YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Yargıtay'ın bu konudaki ilke kararına göre "Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörüme 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." Görüldüğü üzere mahkeme işletmesel kararın yerindeliğini denetlemekte, yalnızca hakkın kötüye kullanılmaması anlamında tutarlılık ve keyfilik denetimi yapmaktadır. Mahkemenin bu denetimi MK md. 2'ye dayandırdığı söylenebilir⁶⁶. Bir başka kararında Mahkeme aynen şu ifadelerle yer vermektedir: "İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletme kararları alabilir. Ancak, işletme kararı sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletme gerekleri ile varılmak istenen hedefe

fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez."⁶⁷ Burada dikkat edilmesi gereken husus Mahkemenin feshi, işletmesel kararın sonucunda düşünülen bir tedbir olarak gördüğüdür; dolayısıyla Mahkemenin de işletmesel karar ve işletmesel tedbir olarak feshi birbirinden ayırdığı söylenebilir. Kararlardan çıkan bir diğer önemli husussa Yargıtay'ın genel bir hukuk ilkesi olan "ölçülülük ilkesini" iş güvencesi hukukuna hakim bir ilke olarak benimsediğidir. Yargıtay'ın "ölçülülük ilkesi" ile "feshin son çare olarak uygulanması ilkesini" eş anlamlı olarak kullandığı görülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay işverenin fesih dışında daha hafif bir önlemle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereğinin bulunmadığını; feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılması ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirlerin araştırılması gerektiği kanaatinde. Yüksek Mahkeme bu araştırmanın ne şekilde yapılacağına da kararlarında yer vermektedir; şöyle ki, "krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin geçirilip geçirilmeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesai kısıtları kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmediği, yıllık izinleri kullandırıp kullandırmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammını erteleyip ertelemediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir."⁶⁸ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları aslında yeni değildir. Yüksek Mahkeme iş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girdiği günden bu yana feshin son çare ilkesini ve bu ilkenin uygulanmasında feshe alternatif hangi tedbirlerin uygulanabileceğini belirtmektedir⁶⁹. Bu anlamda kararlara bakıldığında Yargıtay'ın ekonomik kriz nedeniyle ortaya çıkan iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi sürekli mi olduğunu aradığını ve işletme gerekleri ile fesihte kısa çalışmayı da feshin son çare olması ilkesi bakımından feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde gördüğü söylenebilir. Ancak Yüksek Mahkeme kısa çalışmayı diğerleri yanında bir tedbir olarak belirtmekte olup, Yüksek Mahkeme'nin salt kısa çalışmayı konu alan

ve ölçülülük denetimi ile feshin son çare olduğunun tespit edilmesi anlamında değerlendirilmeye tabi tutan bir kararına rastlanmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 2009 yılında 508.253 işçi, 2010 yılı Ocak ve Şubat aylarında ise yaklaşık 61.000 işçi kısa çalışma ödeneğinden yararlanmıştır. Hükümet tarafından her ne kadar reddedilse, teğet geçtiği söylenecek de, 2008 ekonomik krizinden işletmelerin yoğun bir şekilde etkilendikleri görülmekte ve hatta Çalışma Bakanlığının yarattığı fiili durum nedeniyle ülkede bir genel ekonomik krizin hüküm sürdüğü kesinleşmektedir. Bunun iş hukukuna yansımaları ise genel ekonomik krizden kaynaklı işletme gerekleriyle iş sözleşmelerinin feshedilmesidir. Kanaatimizce kısa çalışmanın genel ekonomik krizden etkilenen işverenler bakımından feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığını tespiti için “ölçülülük ilkesi”nden faydalanılması ve feshin elverişli, gerekli ve oranlı olup olmadığı, bu kapsamda feshe son çare (ultima-ratio) olarak başvurulup başvurulmadığının denetlenmesi gereklidir. Buradaki denetleme işletmesel kararın değil bunun neticesi olan işletmesel tedbirin bir denetlemesi olduğundan işletmesel karar özgürlüğüne bir müdahale söz konusu değildir. Dolayısıyla genel ekonomik krizin işletmeye etkilerinin geçici nitelikte olduğu öngörülüyorsa, iş gücü ihtiyacının personel ihtiyacına uyumlaştırılması amacının gerçekleştirilmesi için işverenin fesih yerine daha hafif bir tedbir olan kısa çalışmaya başvurusunun feshin son çare olması bakımından gerekli olduğu söylenebilir. Eğer işveren bu geçici dönemin atlatılması anlamında kısa çalışma yaptırmak için Çalışma Bakanlığı'na başvurmuş ancak yapılan inceleme neticesinde şartları taşımadığından kısa çalışma uygulanmasına izin verilmemişse ve işverenin başvurusu gereken başka daha hafif bir tedbir bulunmuyorsa fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracaktır. Üstelik hukukumuzda diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak kısa çalışma kanunla düzenlenmiş ve işverene tek taraflı yönetim yetkisi kapsamında işçinin rızası ol-

maksızın kısa çalışma uygulayabilmesi imkanı tanınmıştır; Kanun bu düzenlemeyi yapmamış olsaydı işveren İş Kanunu md. 22 uyarınca her bir işçinin rızasını alması gerekecekti⁷⁰. Bu nedenle de genel ekonomik krizin doğurduğu iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici nitelikte olduğu hallerde Kanunun işverene tanıdığı bu imkan kullanılmadan feshe başvurulması geçerli olmasa gerekir; aksi takdirde Kanunun kısa çalışmayı düzenlemekteki işin ve işyerinin korunması amacının gerçekleşmesi söze konu olmayacaktır. İşletme gerekleri ile fesihten kaçınmak için başvuru olan kısa çalışma sırasında işletmede iş gücü ihtiyacını sürekli olarak ortadan kaldıran bir durumun ortaya çıkması halinde işletme gerekleri ile fesih yoluna gidilmesine engel bir hukuki durum mevcut değildir.

DİPNOTLAR

- 1 Engin Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta yay., İstanbul, 2003, sh. 98.
- 2 Schaub Günter/Schindele Friedrich, Kurzarbeit, Massenentlassung, Sozialplan, Verlag C.H.Beck München 1993, sh. 63; Heinze Meinhard, “Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit”, RdA, 1998, Heft 1, (14-23), sh. 14.
- 3 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Fonu Aylık Basın Bülteni Mart 2010.
- 4 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, sh. 733.
- 5 Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. bası, İstanbul, 2008, sh. 538-539.
- 6 Nitekim Süzek'e göre de, fesihle ulaşılmak istenen sonuca “ölçülülük ilkesi” uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır (Süzek, sh.539).
- 7 Alp Mustafa, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XVII, S.205/12, Ocak 1999, sh. 1519; Manav Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, sh. 132-133.
- 8 Alp, sh. 1524.
- 9 Alp, sh. 1525; Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvenliği Hukuku, İstanbul, 2007, sh. 185.
- 10 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993, sh. 16.
- 11 Alp, sh. 1525.
- 12 Berkovsky, Wilfried, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Auflage, 2002, sh. 58.

- 13 Örneğin bkz. Yarg. 9. HD., 13.07.2009 t., E.2009/289, K.2009/20632.
- 14 Hergenröder, Wolfgang, im Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4, Verlag C.H.Beck, München, 2005, sh. 986; Alp, sh. 1529 vd.
- 15 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 189; Alp, sh. 1521.
- 16 Süzek, sh. 540; Engin, sh. 92; Çankaya/Günay/Göktaş, sh. 100.
- 17 Barhhofer, Gabriele, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften 1995, sh. 84; Alp, sh. 1521.
- 18 Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip), Yargıtay Dergisi, C. 34, S. 1-2, Ocak-Nisan 2008, sh. 106-107.
- 19 Alp, sh. 1251
- 20 Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin İlkesi, sh. 107.
- 21 Barnhofer, sh. 84.
- 22 Barnhofer, sh. 85.
- 23 Hoyningen-Huene v.Gerrick/Linck Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 14.völlig neuarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, sh. 276-277; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, kn.573; Hergenröder, sh. 323; Başterzi Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, sh. 60.
- 24 Hoyningen-Huene/Linck, sh. 277; Engin, sh. 43, 77; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, sh. 223.
- 25 BAG, Urteil vom 15.06.1989 - 2 AZR 600/88, NZA, 1990, sh. 65.
- 26 "Daha sonra ise krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin geçirilip geçirilmeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesaileri kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmediği, yıllık izinleri kullanarak kullandırmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammını erteleyip ertelediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir." (Yarg. 9. HD. 20.07.2009 t., E.2009/27271, K.2009/27272).
- 27 Barnhofer, sh. 86.
- 28 Ascheid/Preis/Schmidt, kn.573; Preis'a göre ise, işverenin iş gücü eksikliğinin geçici mi sürekli mi olduğuna ilişkin tahmini işletmesel karar özgürlüğü kapsamındadır ve mahkemelerin kontrolüne tabi değildir. Ancak işveren, mahkemede iş gücü ihtiyacının geçici olduğunu bir beceriksizlik neticesinde ortaya koyarsa, kısa çalışmanın feshe göre uygulanması gereken daha hafif bir tedbir olduğu incelenabilir (Preis Bernd, "Betriebsbedingte Kündigung zwischen dringenden betrieblichen Erfordernissen und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit Grundsätzliches und Alltägliches zur Gretchenfrage des Kündigungsschutzes" NZA, Heft 12, sh. 630-631).
- 29 Hergenröder, sh. 1057.
- 30 Hoyningen-Huene/Linck, sh. 277; Schaub/Schindele, sh. 64; Engin, sh. 37.
- 31 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 279; Barnhofer, sh. 87; Engin, sh. 106; Çankaya/Günay/Göktaş, sh. 101.
- 32 Engin, sh. 106.
- 33 Geçiciliğin tespitinde kısa çalışmaya ilişkin 3 aylık süre esas alınırken, yürütme organının kriz dönemlerinde kısa çalışma ödeneğinin süresini veya miktarını artırmasının geçiciliğe ilişkin bu 3 aylık süre ölçütünde bir değişikliğe neden olmasa gerekir.
- 34 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 279.
- 35 Barnhofer, sh. 92.
- 36 Alp, sh. 1522; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 190; Barnhofer, sh. 88; Engin, sh. 91; Başterzi, sh. 59; Berkovsky, sh. 60.
- 37 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 203; Manav, sh. 133; Alman Federal İş Mahkemesinin de bu iki ilkeyi aynı anlamda kullandığı yönünde bkz. Berkovsky, sh. 58.
- 38 Güzel, Ali, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can. Tuncay'a Armağan, Legal Yay., 2005, sh. 62; Başterzi, sh. 58.
- 39 Güzel, sh. 65; aynı yazar, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Çalışma ve Toplum, 2005/1, sh. 173.
- 40 Alp, sh. 1522.
- 41 Alp, sh. 1523.
- 42 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 193.
- 43 Barnhofer, sh. 89; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 277; Engin, sh. 105
- 44 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 200; Alp, sh. 1523.
- 45 Barnhofer, sh. 89; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 200; Alp, sh. 1523; aksi yönde Berkovsky, sh. 61.
- 46 Feshe alternatif daha hafif nitelikteki tedbirlerin değerlendirilmesi için bkz. Engin, sh. 93 vd.; Başterzi, sh. 60 vd.; Güzel, sh. 72 vd.
- 47 Alp, sh. 1533.
- 48 BAG, 25.6.1964 - 2 AZR 382/63, NJW, 1964, Heft 41, sh. 1921-1922.
- 49 BAG 4.3.1986 - 1 ABR 15/84, NZA, 1986, sh. 432.
- 50 BAG, 15.06.1989 - 2 AZR 600/88, NZA, 1990, sh. 65.
- 51 Aynı yönde Güzel, Keyfilik, sh. 166.
- 52 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 266.
- 53 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 267.
- 54 Berkovsky, sh. 87; Preis Ulrich, sh. 250; Güzel, sh. 74; aynı yazar, Keyfilik, sh. 166.
- 55 Barnhofer, sh. 106.
- 56 Berkovsky, sh.87; Schaub/Schindele, sh.65; Schaub Günter, Die betriebsbedingte Kündigung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, NZA, Heft 7, 1987, sh.218; Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan, Göktaş Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. baskı, 2006, sh. 89.
- 57 Schaub/Schindele, sh.65; Schaub, sh.218; Güzel'e göre de

ekonomik nedenle işten çıkarma ile ulaşılması hedeflenen sonuca, fesih dışındaki nedenlerle ulaşıp ulaşılamayacağı hususundaki takdir yetkisi yargıca ait bulunmaktadır (Güzel, sh. 74). Yargıtay da aynı görüştedir: “İşletme dışı nedenler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce de denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği yargısal denetim sonucu açıklığa kavuşturulmalıdır.” (Yarg. 9. HD. 20.07.2009 t., E.2009/27271, K.2009/27272)

- 58 Kılıçoğlu/Şenocak, sh.267; benzer görüşte Güzel, Keyfilik, sh. 169.
- 59 Yarg. 9. HD. 27.04.2009 t., E.2009/5133, K.2009/11695.
- 60 Preis, Ulrich, “Autonome Unternehmerentscheidung und “dringendes betriebliches Erfordernis””, NZA, Heft 6, sh. 247.
- 61 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 278-279.
- 62 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 279.
- 63 BAG, Urteil vom 26.06.1997 - 2 AZR 494/96, NZA, Heft 23, sh. 1286.
- 64 Ascheid/Preis/Schmidt, kn.576; Hergenröder, sh. 1057.
- 65 Ascheid/Preis/Schmidt, kn.576; Hergenröder, sh. 1057; Schaub, sh. 219; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 281.
- 66 “İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararları alırken dürüst olmalıdır.” (Yarg. 9. HD., 27.04.2009 t., E.2009/10026, K.2009/11699).
- 67 Yarg. 9. HD. 11.09.2006 t., E.2006/18576, K.2006/21357.
- 68 Yarg. 9. HD., 20.07.2009 t., E.2009/27271, K.2009/27272.
- 69 “Öte yandan, işletme gerekleri ile varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak ve kısa çalışma ile amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.” (Yarg. 9. HD. 13.01.2005 t., E.2004/33414, K.2005/930).
- 70 Başterzi, sh. 65.

KAYNAKÇA

- Alp Mustafa, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XVII, S. 205/12, Ocak 1999.
- Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007.
- Barhhofer Gabriele, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften 1995.
- Başterzi Süleyman, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3.
- Berkovsky Wifried, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Auflage, 2002.
- Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan, Göktaş Seracetin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. baskı, 2006.
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007.
- Engin Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta yay., İstanbul, 2003.
- Güzel Ali, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can. Tuncay’a Armağan, Legal Yay., 2005.
- Güzel Ali, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2005/1.
- Heinze Meinhard, “Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit”, RdA, 1998, Heft 1.
- Hergenröder Wolfgang, im Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4, Verlag C.H.Beck, München, 2005.
- Hoyningen-Huene v.Gerrick/Linck Rüdiger, Kündigungsgesetz Kommentar, 14.völlig neuarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007.
- Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul, 2007.
- Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip), Yargıtay Dergisi, C. 34, S. 1-2, Ocak-Nisan 2008.
- Manav Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Preis Bernd, “Betriebsbedingte Kündigung zwischen dringenden betrieblichen Erfordernissen und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit Grundsätzliches und Alltägliches zur Gretchenfrage des Kündigungsschutzes” NZA, Heft 12.
- Preis Ulrich, “Autonome Unternehmerentscheidung und “dringendes betriebliches Erfordernis””, NZA, Heft 6.
- Schaub Günter, Die betriebsbedingte Kündigung in der Rechtssprechung des Bundesarbeitsgerichtes, NZA, Heft 7, 1987.
- Schaub Günter/Schindele Friedrich, Kurzarbeit, Massenentlassung, Sozialplan, Verlag C.H.Beck München 1993.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. bası, İstanbul, 2008.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993.