

Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler

1. GİRİŞ

2003 yılında yürürlüğe girmiş bulunan 4857 sayılı İş Kanunu bir yandan işçinin korunması ilkesini (sosyal korumayı) benimserken, öte yandan işletmelerin de korunması gereğini dikate almış; açıkçası işverenlere ekonomik ve teknolojik gelişmelerin zorunlu kıldığı önlemleri alabilme olanağını tanımıştır.

Bu nedenle, İş Kanunu'nun maddeleri değerlendirilirken işçinin korunması ilkesi ile esneklik ihtiyacı arasında ölçülü (uygun) bir denge sağlanması büyük önem taşır.

İş Kanunu'muzda işçinin feshe karşı korunması 18-21. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. İş Kanunu m. 18'e göre,

"...işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

Bu kavramlar soyut niteliktedir. Gerçekten de, "işçinin yeterliliği" (yetersizliği olacak) ifa-

desinden ne anlaşılması gerekir? İşçinin hangi davranışları sözleşmenin feshine yol açabilir? İşletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ne demektir? Bunlar öğreti ve yargı kararları ile somutlaştırılacak hususlardır. İşte bu yapılırken yukarıda sözü edilen denge gözetilmelidir.

Yüksek Mahkeme'nin (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin) son yıllardaki kararlarında -eskilerinden farklı olarak- yerli ve yabancı öğretiden yararlanıldığı, uluslararası sözleşmelerin göz önünde tutulduğu ve ele alınan konunun tüm yönleri ile irdelendiği görülmektedir.

Ancak, yabancı öğretiden yararlanırken bazen de çok aşırıya gidildiği, özellikle oldukça yoğun bir biçimde Alman hukukunun etkisi altında kaldığı dikkati çekmektedir. Daire kimi kararlarında ise, Alman hukukunda var olan mevzuat doğrultusunda geliştirilen ilkelerin de ötesinde gerekçeler üretmekte, kararlar vermektedir.

Gerçekten de, Alman hukukunda dahi tartışmalı olan kimi ilkeler klişe biçimde karar gerekçelerine alınmakta ve fesih işleminde bu

Yasa metninde, fesih için, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak” dışında herhangi bir ilke veya önlem yer almış değildir.

ilkelerin tümüne birden uyulup uyulmadığının incelenmesi istenilmektedir.

Bununla birlikte, Daire'nin hukuka uygun olanı bulma yolundaki çabası övgüye değer bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme öğretide yanlış olduğu belirtilen kararlarını gözden geçirme ve yanlıştan dönme erdemini de göstermiş; gösterebilmektedir.

Aşağıda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin iş sözleşmesinin feshinde öngördüğü ilkeler üzerinde durulacak; bunların mevzuatımız bakımından değerlendirilmesine çalışılacaktır.

II. YASAL DÜZENLEME

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, “...işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”.

Kanun'un 19. maddesine göre de, “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”.

Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları ise, 21. maddede şu şekilde belirlenmiştir: “İşverence...gösterilen sebebın geçerli olmadığı mahkemece...tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi...işe başlatmak zorundadır”.

Görülüyor ki, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, yasanın aradığı husus, sadece işverenin keyfi davranmaması; işverenin fesih için işçinin işyerinde çalışmasını sürdürmesinin beklenemeyeceği bir olguya dayanması ve bunu da fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde ortaya koymasındır.

Yasa metninde, fesih için, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak” dışında herhangi bir ilke veya önlem yer almış değildir.

Bununla birlikte, öğretide ve Yargıtay'ın eski ve yeni kararlarında, işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshederken -geçerli bir sebebi olsa bile- ayrıca belirli birtakım ilkelere daha uyması gereğine işaret edilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin ağırlık verdiği ilke “son çare ilkesi” dir.

1. Feshin Son Çare (Ultima Ratio) Olması İlkesi

Söz konusu ilke uyarınca, işveren, işçinin işine son vermeden önce, iş ilişkisinin sürdürülmesini sağlayacak birtakım uygulamalarda bulunmalı; bunlardan bir sonuç alamadığında son çare olarak (ultima-ratio) fesih yoluna gitmelidir¹. Çünkü, iş güvencesi sisteminde esas olan, keyfi denilen fesihlerin önlenmesi, işçinin işinin korunmasıdır. Bu nedenle, geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken fesihten kaçınma, sözgelimi işçiyi başka bir işte çalıştırma, eğitime olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay da verdiği bir kararda, “...Dava-cının işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yoluna başvurulması doğru değildir” demiştir².

Bu ilkenin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihler yanında, işçinin performansı veya uyumu gibi nedenlerle yapılması düşünülen fesihler için de geçerli olduğu kabul edilmektedir³.

Yine öğretide ile Yargıtay'ca benimsenen görüşe göre, bir uyuşmazlıkta feshin geçerliliği denetlenirken, işverenin “son çare” ilkesine uyup uymadığı yargıç tarafından (gerekirse işyerinde keşif yaptırılarak) araştırılmalı ve bunun sonucuna göre karar verilmelidir.

Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin birçok kararında şu ifadelerin yer aldığı görülür:

“İşveren, işçi çıkarmadan önce, önlem olarak feshe son çare olarak bakmalı ve mümkün olduğu takdirde fesihinden kaçınmalıdır”⁴.

“Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu

denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir”⁵.

Feshin son çare olması ilkesine uygunluk çerçevesinde, somut tedbirler olarak, Dairenin eski tarihlerden bu yana verdiği çeşitli örnekler vardır⁶. 2009 yılında verilen bir kararda da şu hususlar belirtilmiştir:

“...işyerinde yeniden keşif yapılarak... bilirkişi heyetinden tekrar rapor alınarak yeni işçi alınıp alınmadığı, davacının başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı, fazla mesailerin yapıldığı da dikkate alınarak, fazla mesailer kaldırılarak feshin önlenip önlenmeyeceği, fazla mesailerin istihdamı sağlayıp sağlamadığı feshin kaçınılmazlığı yönünden incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir”⁷.

İşte bu noktada cevaplandırılması gereken

gereklerinden kaynaklanmıyorsa, fesih sosyal bakımdan haksızdır.

Bunun gibi, işçinin aynı işyerinde bir başka işte veya aynı işletmenin bir başka işyerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yine sosyal bakımdan haksız sayılır (§1/(2), 1/b).

Aynı paragrafın (2), 2/2 hükmüne göre de, işverenden beklenebildiği ölçüde, yeni meslek eğitimi veya geliştirme eğitimi ya da değişik iş koşullarında çalıştırılma yolu ile işçinin işini sürdürmesi olanağı varsa ve işçi de bunu kabul etmiş ise, fesih yine sosyal açıdan geçersiz sayılır. İşveren feshi geçerli kılan nedenleri ispatla yükümlüdür (Kündigungsschutzgesetz, §1).

Görüldüğü üzere, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası, işçinin iş sözleşmesinin feshi için, onun kişiliğinden, davranışlarından ya da işyerinden kaynaklanan sebeplerin varlığını yeterli görmemekte; işverenin fesihten önce belirli önlemlere başvurmasını; bunlardan da bir sonuç

İşçinin kişiliğinden veya davranışlarından ya da işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz (zorlayıcı) işyeri gereklerinden kaynaklanmıyorsa, fesih sosyal bakımdan haksızdır.

soru şudur: Yargıtay’ın doğrudan uygunluk denetimi yapılmasını istediği feshin son çare olması ilkesinin hukuki dayanağı nedir?

Türk yargısının ve öğretisinin bu konuda Alman hukukundan geniş ölçüde esinlendiği açıktır⁸. Böyle olduğuna göre, doğru bir değerlendirme yapılabilmesi bakımından önce Alman mevzuatının incelenmesinde yarar görülmektedir.

Alman hukukunda, “Feshe Karşı Koruma Kanunu”nun “Sosyal bakımdan haklı olmayan fesihler” başlığını taşıyan 1. paragrafına göre, işçinin iş sözleşmesinin feshi, sosyal bakımdan haksız ise, geçersizdir (Kündigungsschutzgesetz, §1/(1)).

Hangi fesihlerin bu nitelikte olduğu (2). cümlede açıklanmıştır:

İşçinin kişiliğinden veya davranışlarından ya da işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz (zorlayıcı) işyeri

alınmamışsa son çare (ultima ratio) olarak fesih gerçekleştirilmesini aramaktadır.

Oysa, 4857 sayılı İş Kanunumuzda “Feshin geçerli sebebe dayandırılması” başlıklı 18. maddede “son çare” ilkesine yer verilmediği gibi, bu ilkeyi çağrıştıracak bir ifade de yoktur.

Türk öğretisinde bu ilke bakımından maddenin gerekçesine işaret edilmektedir⁹. Gerekçedeki ifade ise şu şekildedir: “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

Ne var ki, gerekçedeki bu beklenti, açıkçası işçinin iş sözleşmesini feshedecek olan işverenin feshe son çare olarak bakması yolundaki ifade yasa metnine yansımış değildir¹⁰. Yukarıda belirtildiği üzere, yasa metninde buna ilişkin bir belirti dahi yoktur. O halde, hukukumuz

bakımından gerekçe söz konusu ilkenin hukuki dayanağı olarak gösterilemez.

Bu durumda şu soru sorulabilir: İş sözleşmelerinin feshinde “son çare” ilkesi Türk hukukunda uygulanma alanı bulmayacak mıdır? Aşağıda bu nokta üzerinde durulacaktır.

Sözü edilen ilkenin Türk iş hukuku bakımından da geçerli olduğunu savunan bazı yazarlar, “...iş güvencesine ilişkin kanuni düzenlemenin özünde, iş ilişkisinin varlığının korunması ve feshin son çare olarak kullanılması vardır” görüşünü öne sürmüşlerdir¹¹. Bu görüş doğrudur, ancak, son çare ilkesinin hukuki dayanağını açıklamamaktadır.

Diğer bazı yazarlar ise -yine Alman hukukunun etkisiyle- son çare ilkesinin ölçülülük ilkesinden kaynaklandığını söylemişlerdir. Ölçülülük ilkesi Alman hukukunda işyeri gereklerinden kaynaklanan fesih nedenlerinin de-

nin sınırlandırılması anlamına gelir”¹³. Dolayısıyla, kamu hukukunda geçerli olan bir ilkeyi özel hukuka aktarmak ve son çare ilkesinin dayanağı olarak kabul etmek uygun görülemez.

Bununla birlikte, “son çare ilkesi”nin hukukumuzda da uygulanma alanı bulacağı belirtilmelidir. Bu konudaki sorun, bunun hukuksal dayanağının belirlenmesinde ve buna bağlı olarak da sözü edilen ilkenin uygulanma biçiminin ortaya konulmasında kendini göstermektedir.

Aslında, Türk hukukunda, söz konusu ilkenin hukuksal dayanağı konusunda büyük bir görüş ayrılığı olduğu da söylenemez. Son çare ilkesini ölçülülük ilkesinin bir unsuru kabul eden¹⁴ veya son çare konusunu doğrudan inceleyen yazarlar, bunun hukuki dayanağının Medeni Kanun’un 2. maddesi olduğunu belirtmektedirler¹⁵. Gerçekten de, tüm hukuk sistemi

Yüksek Mahkeme, Alman hukukunda “Feshe Karşı Koruma Yasası”nda açıkça öngörülen son çare önlemlerinin -4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almamasına rağmen- Türk iş hukukunda da uygulanmasını benimsemiş bulunmaktadır.

netiminde uygulanmakta ve asıl dayanağını da Feshe Karşı Koruma Yasası §1/ c. 2’de yer alan “işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz (zorlayıcı) işyeri gerekleri” (...dringende betriebliche Erfordernisse) ifadesinden almaktadır. Oysa, İş Kanunumuzda böyle bir ifade yoktur.

Olmadığı içindir ki, kimi yazarlar belirtilen ilkenin Anayasa’nın 13. maddesine eklenen, “sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı” yolundaki hükme dayandığını öne sürmüşlerdir¹². Ne var ki, ölçülülük ilkesi burada “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” çerçevesinde kabul edilmiştir; açıkçası kamu hukuku bakımından hüküm ifade eder. Son çare ilkesinin ölçülülük ilkesinden kaynaklandığını söyleyen yazarlarca da işaret edildiği gibi, “Ölçülülük ilkesini de zorlama sonucu özel hukukta uygulamak irade özerkliği ilkesi-

için geçerli ve evrensel nitelikte bir kural olan “Dürüstlük Kuralı” uyarınca, işveren de fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uymalı; dürüst ve namuslu bir işverenden beklenen davranışı göstermelidir. İşveren fesih hakkını elde ettiğinde bunu kötüye kullanıyorsa, fesih işlemi geçersiz sayılacaktır. Çünkü, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını yasa korumaz (MK. m. 2/2).

Böyle olduğuna göre, acaba mahkemelerin re’sen işverenin son çare ilkesine ve bu çerçevedeki önlemlere uyup uymadığını incelemek yükümü var mıdır?

Yargıtay, bu konuda verdiği çeşitli kararlarında, klişe olarak şu ifadelerle yer vermekte ve yargıcın bilirkişi aracılığıyla, gerekirse işyerinde keşif de yapılarak, işverenin son çare ilkesine uyup uymadığını araştırmasını istemektedir:

“Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rıza-

İşverenin, iyi niyetli olduğunu, feshe son çare olarak baktığını, aldığı tüm önlemlere rağmen, feshin kaçınılmaz olduğunu ortaya koymak ve ispat etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

sı ile esnek çalışma biçimleri getirerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”¹⁶;

“...işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı, davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse iş yerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir”¹⁷;

“Bu nedenle, bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılarak; ...feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, fesih öncesi ve sonra davacı ile aynı nitelikte veya davacının kısa süreli bir eğitimle yapabileceği işler için yeni işçi alınıp alınmadığı tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır”¹⁸.

Yargıtay’a göre, işveren belirtilen önlemleri almakla yükümlü olduğu gibi, feshe son çare olarak başvurduğunu da kanıtlamak zorundadır:

“Sonuç olarak, davalı işverenin aldığı işletmesel karar sonucu... feshin kaçınılmazlığını ve feshe son çare olarak başvurulduğunu kanıtlamamıştı... sabittir”¹⁹.

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, Alman hukukunda “Feshe Karşı Koruma Yasası”nda açıkça öngörülen son çare önlemlerinin -4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almamasına rağmen Türk iş hukukunda da uygulanmasını benimsemiş bulunmaktadır.

Oysa, hukukumuzda feshin geçerliliği koşulları Alman hukukundan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu’na

göre, işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediğini veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını iddia ettiğinde, işveren için öngörülen tek yükümlülük, “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat” etmektir (İşK. m. 20/2). Geçerli sebeplerin neler olduğu ise, aynı kanununun 18. maddesinde “işçinin yeterliliği, davranışları, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri” olarak belirlenmiştir. İşveren sadece fesih işleminin işçinin yetersizliğinden, davranışlarındaki olumsuzluklardan veya işletmesel (ekonomik, teknolojik veya yapısal) bir nedenden kaynaklandığını ispat edecektir.

İşverenin, iyi niyetli olduğunu, feshe son çare olarak baktığını, aldığı tüm önlemlere rağmen, feshin kaçınılmaz olduğunu ortaya koymak ve ispat etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu olgu, bilirkişi veya mahkemeler için de geçerlidir.

Buna karşılık, işverenin kötü niyetli olduğunun öne sürülmesi ve bu iddianın ispatı yükümü işçiye düşmektedir²⁰. Gerçekten de, İşK. m. 20/2 c. 2’ye göre, işçi feshin işverenin belirttiğinden “... başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”. Aynı şekilde, işçi, işverenin fesih hakkının bulunmasına rağmen, bu hakkını kötüye kullandığını söylüyorsa²¹, bu iddiasını da ispatla yükümlü olacaktır²².

Yargıtay’ın kararlarında yer alan şu ifade bu bakımdan önemlidir:

“İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’ un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi²³ kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davranmadığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır”²⁴.

Bu konuda son olarak eklenmesi gereken husus şudur: Yargıtay’ın kararlarında, uyuşmazlığa ilişkin olarak alınabilecek tüm önlemler klişe olarak yer almakta ve yerel mahkemeden tüm bu hususların araştırılıp değerlendirilmesi istenmektedir. Oysa, son çare ilkesinin yasasında açıkça yer aldığı Alman hukukunda bile böyle bir uygulama söz konusu değildir.

Bu konuda Ulucan da şunları söylemektedir: “Ancak, işverenin her fesih olayında bu ön-

lemleri sırası ile dikkate aldığı ve gerekeni yaptığını kanıtlamakla yükümlü olduğu söylenemez. Gerekçede de zaten bir beklentiden söz edilmektedir. Bu konuda bir zorunluluk öngörülseydi, bu ilkelere yasa metni içinde yer verilirdi.

Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'nda da benzer ilkelere yasa hükmü olarak açıkça yer verilmiş olmasına karşın, her seferinde bütünü ve sırası ile fesih öncesi her birine ayrı ayrı uyulduğunu veya bu yönde önlemlerin tamamının tüketildiğinin kanıtlanması aranmaktadır. İşverenden fesih işlemine mümkün olduğu ölçüde en son çare olarak gitmesi ve aksinin ileri sürülmesi halinde, bunu kanıtlanması beklenmektedir²⁵.

Öğretide yapılan bu eleştiriyi²⁶ Yüksek Mahkeme'nin dikkate almasında yarar görülmektedir.

2. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde İlkeler

a) Benimsenen ilkeler ve bunların hukukumuzdaki yeri

İş Kanunu m. 18 uyarınca, işveren işçinin iş sözleşmesini "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe" dayanarak feshedebilir. Maddede sözü edilen bu gerekler aynı yasanın "Toplu işçi çıkarma" başlıklı 29. maddesi göz önünde tutularak "ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri" nedenler olarak değerlendirilebilir. Buna göre, işverenin fesih işlemi, -Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin kararlarında hep ifade edildiği üzere- işletme veya işyeri içi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi (teknolojik, yapısal nedenler), işyeri dışı nedenlere (ekonomik nedenler) de dayanabilir.

İşveren fesih bildiriminde, fesih sebebi olarak böyle bir neden belirttiğinde, sebebin varlığını ve geçerliliğini ispatla yükümlüdür (İşK. m. 20/2). Yasanın işveren için öngördüğü yüküm budur.

Buna karşılık, Yargıtay'ın oldukça geniş bir biçimde esinlendiği ve ilkelerini benimsediği Alman hukukunda, işçinin iş sözleşmesinin

feshinin geçerliliği için, sadece ekonomik, teknolojik veya yapısal bir nedenin varlığı yeterli görülmemektedir. Ayrıca, belirtilen nedenler dolayısıyla işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen zorlayıcı (feshi kaçınılmaz kılan) bir olgunun varlığı da aranmaktadır (Feshe Karşı Koruma Yasası §1/ c. 2). Alman hukukunda ölçülülük ilkesinin dayanağını oluşturan²⁷ bu düzenleme uyarınca, işyerinden kaynaklanan bir neden var olmasına rağmen, işveren hemen fesih yoluna gidemeyecek; işçinin işyerinde herhangi bir şekilde çalıştırılma olanağının bulunup bulunmadığı; orada yok ise, işyerinde bir başka işte veya işletmenin başka bir işyerinde çalıştırma olanağının olup olmadığının araştırılması gerekecektir. İşçinin belirtilen şekillerde işini sürdürmesi olanağı varken fesih yoluna gidilmesi, feshin sosyal bakımdan geçersizliği sonucunu doğuracaktır²⁸.

Yüksek Mahkeme, bu konuda da iş güvenliği kurumunun hukukumuzdaki düzenlenme biçimini bir yana bırakmakta, -Alman hukukunu aynen özümseyen bazı akademisyenlerin de teşviki ile- kararlarında bir sürü ilke öngörmekte; işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda bunlara uymasını istemekte ve mahkeme ile bilirkişilerden de söz konusu ilkelere uyulduğunun denetimini yapmalarını beklemektedir.

Bu noktada, öğretilerde belirtilen ve bazıları Dairenin de kararlarında klişe olarak yer alan ilke ve önlemlerin ortaya konulmasında yarar görülmektedir.

İşverenin fesih işlemi yaparken uymasının beklendiği ilkeler ve mahkemelerce (bilirkişilerce) araştırılması ve göz önünde tutulması istenilen önlemler şunlardır:

- Ölçülülük ilkesi
- Elverişlilik, uygunluk ilkesi
- Gereklilik ilkesi
- Oranlilik (orantılılık) ilkesi
- Menfaatler (çıkarlar) tartısı
- Yerindelik denetimi
- Tutarlılık denetimi
- Keyfilik denetimi
- Feshin son çare olması ilkesi
- (bunlara, ölçülülük ilkesinin doğrudan

Öğretide çoğunluk, yasal dayanağı olmaması ve uygulanma zorluğu gibi nedenlerle, iş sözleşmelerinin feshinde sosyal seçim ölçütünün dikkate alınmaması görüşündedir.

bir alt ilkesi olmayan “eşit davranma” ilkesi ile “sosyal seçim ilkesi”ni de ekleyebiliriz).

Gerçi Yargıtay’ın kararlarında bu bakımdan daha çok “*tutarlılık denetimi, keyfilik denetimi, ölçülülük denetimi- feshin son çare olması ilkesi*” belirtilmektedir. Ancak, yukarıda sayılan önlemlerin birçoğu ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri veya sonucu olarak kabul edildiği için²⁹, bu anlayış çerçevesinde, feshin geçerli sebeple yapılıp yapılmadığının denetiminde belirtilen ilkelerin dikkate alınması da gerekli olmaktadır³⁰.

Öte yandan, Yüksek Mahkemenin -yine Alman hukukundan esinlenerek- kararlarında yer verdiği belirli kavramlara da işaret edilmelidir³¹:

- İşletmesel karar
- Gizli, örtülü işletmesel karar
- Açıkça işletmesel karar
- Kurucu işletmesel karar
- Bağlı işveren kararı
- Kaçınılmazlık unsuru
- Aciliyet koşulu
- Beklenmezlik esası

Hiç kuşku yoktur ki, Yargıtay’ın söz konusu ilke ve kavramları göz önünde tutmasını beklediği kişiler sadece yargıçlar ve bilirkişiler değildir. Bu konuda yüküm altına konulan kişi, öncelikle işverendir. İşçinin iş sözleşmesini feshetmek durumunda olan işveren, bütün bu ilkeleri dikkate almak ve kavramları değerlendirmek zorunda bırakılmaktadır.

Bu noktada incelenmesi ve değerlendirilmesi gereken bir sorun da şudur: Acaba, bir uyuşmazlıkta, yasada yer verilen soyut nitelikteki geçerli fesih nedenleri var iken, bunlar dışında, ayrıca öğreti ve yargısal kararlarla geliştirilen belirli ilkelerin de gözetilip gözetilmediğinin aranması hukuken yerinde görülebilir mi?

Bu ilkelerin yasadaki düzenlemeler içinde pozitif bir dayanağını bulmak mümkün değil-

dir. Böyle olduğuna göre, burada ancak hukuk düzeninin öngördüğü genel nitelikteki hukuk kuralları söz konusu olabilecek; uyuşmazlıkların çözümünde ancak bu kurallar göz önünde tutulabilecektir.

Alman hukukunda bu konuda şunlar söylenmektedir:

“Feshe karşı koruma hukuku çerçevesinde uygulanması uygun görülen ilkeler, mevcut feshe karşı koruma hukukuna üstünlük taşımaz; bunlar sadece yasadaki kuralların yorumlanmasına hizmet eden bir işlev görürler. Gerçekten de, bir fesih işleminin geçerliliği yasada yer almayan ilkelere göre değil, yasadaki kurallara göre belirlenir. Sonuçta sözü edilen ilkeler yasadaki kavramların somutlaştırılması için yardımcı olabilir; ama, bir fesih işleminin geçerliliği tek başına, sözgelimi “menfaatler tartısı” gibi, yasada yer almamış olan ilkelere dayandırılmaz”³².

Sonuç olarak, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde öngörülen geçerli bir sebebe dayanan işverenin yaptığı fesih işleminin, ayrıca Alman hukukunda öngörülen birtakım ilke ve kavramlar çerçevesinde geçerlilik denetimine tabi tutulmasını uygun görmek mümkün değildir. Üstelik, sözü edilen ilkeler ve önlemler her olayda birlikte arandığı için, bu konuda işverene getirilen yüküm insaf ölçülerini de aşmaktadır. Bu durumda, işverenin Anayasanın 48. maddesinden kaynaklanan sözleşmeyi fesih özgürlüğünün yine Anayasanın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olarak sınırlandığı söylenebilir.

b) Öngörülen önlemlerin olayla bağdaşmaması

Bu aşamada değinmek istediğim bir husus da, her uyuşmazlıkta aynı önlemlere yer verilmiş olmasının yol açabileceği tutarsızlıklardır. Gerçekten de bu olgu bazen gerekçede öngörülen önlemlerin incelenen olayla bağdaşmaması sonucunu doğurmaktadır.

Nitekim, bir davada işveren işçinin iş sözleşmesini ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle feshettiğini ileri sürmüştü; yerel mahkeme ise, sunulan delillerin şirketin ekonomik krizden etkilendiğini ispattan uzak olduğu ge-

rekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Görülüyor ki, bu uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken temel sorun, şirketin ekonomik krizden etkilenip etkilenmediğidir.

Yargıtay'ın kararında -birçok benzerlerinde olduğu gibi- önce işletmesel kararın tanımı yapılmakta; bu kararların işletme içi veya işletme dışı nedenlerden kaynaklanabileceği belirtilmekte; işletmesel kararın “yerindelik denetimi” ne tabi tutulamayacağı açıklanmaktadır. Olayla ilgili olarak da, “...işveren fesible ilgili karar aldığı, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve fesih kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır” denilmektedir³³.

Kararda geçen “...işveren fesible ilgili karar aldığı...ispatlamalıdır” yolundaki ifadenin ne anlam taşıdığını ve hangi amaca hizmet ettiğini değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Burada akla şu soru gelmektedir: Acaba, taraflar arasında, iş sözleşmesini feshedildiğine ilişkin bir uyuşmazlık mı çıkmıştır? Karara bakıldığında, davacı işçinin, sözleşmenin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürdüğü; işverenin ise, davacının iş sözleşmesini ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle feshettiğini belirttiği görülmektedir. Açıkçası, fesih konusunda bir tartışma yoktur. Bu durumda, “işveren neyi ispatlayacaktır?” sorusu sorulmaya değer bulunmaktadır.

Ayrıca, işveren aldığı “kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini” de ispatlayacaktır. Ne var ki, olayda işverenin istihdam fazlası meydana getirecek bir kararı yoktur; istihdam fazlası, işverenin herhangi bir kararı dolayısıyla değil; tamamen işletme dışı nedenlerle, açıkçası ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle ortaya çıkmıştır. İşveren sadece sözü edilen kriz ve durgunluk dolayısıyla işçi çıkarmak zorunda kaldığını iddia etmektedir.

Görülüyor ki, gerekcede ispatı istenilen hususların olayla bir ilgisi yoktur. Bunun nedeni, Yüksek Mahkeme'nin her olayda aynı önlemleri bir arada sayarak bunlara uyulup uyulmadığının araştırılmasını istemesidir. Buna karşılık, sözü edilen ilke ve önlemlerin yasada yer aldığı Alman hukukunda bile, böyle bir yöntem izlenmemekte; geçerlilik denetimi, sadece fesih

gerekçesi ve işçinin iddiası doğrultusunda yapılmaktadır³⁴.

Sonuçta, “montaj gerekçeler” dolayısıyla, aslında yarım sayfa tutacak bir karar üç veya dört sayfaya varmaktadır. Öte yandan, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında yer alan ve bir bütün halinde değerlendirilmesi istenen ilke ve kavramlar nedeniyle de, iş güvencesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü oldukça zora sokulmuş, mahkemelerin iş yükü çok daha artırılmış bulunmaktadır. Oysa -Alpagut'un vurguladığı gibi- “...fesih hukukunda genel eğilim mümkün olduğunca sade, uygulanabilir ve işletme gerekleriyle bağdaşabilir bir sistem oluşturulması yönündedir”³⁵. Yüksek Mahkeme'nin çabalarının bu yönde olması arzu edilir.

3. Sosyal Seçim İlkesi

Bir işyerinde işletmesel nedenlerle birden fazla işçinin işine son verilmesi söz konusu olduğunda, Yargıtay -yine Alman hukukundan esinlenerek- belirli ölçütlerin göz önünde tutulmasını ve bu doğrultuda bir sıralama yapılmasını öngörüyor idi.

Yüksek Mahkeme'ye göre, “İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmak, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla, sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır”³⁶.

Mahkemenin daha sonraki kararlarında “sosyal seçim ölçütleri” terimi yerin “objektif kriterler” terimini kullandığı, ama bunun içeriğini belirlemediği görülmektedir³⁷.

Öğretide çoğunluk, yasal dayanağı olmaması ve uygulanma zorluğu gibi nedenlerle, iş sözleşmelerinin feshinde sosyal seçim ölçütünün dikkate alınmaması görüşündedir³⁸.

Bazı yazarlar ise, toplu işten çıkarmalarda sosyal seçim ölçütlerine yer verilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Bunun hukuki dayanağının ise, eşit davranma ilkesi³⁹ (AY. m.10; İşK. m. 5) işverenin işçiyi gözetim (gözetme) bor-

cu⁴⁰, veya yargıcın yasal boşluğu doldurması ilkesi⁴¹ (MK. m.1) olduğu belirtilmiştir.

Hukuki dayanak konusundaki bu görüşler yerinde görülemez. Gerçekten de, yapılan bir seçimin eşitlik ilkesini zedeler nitelikte olması durumunda, fesih işlemi, sosyal seçimin isabet-sizliğinden değil, İşK. m. 18/d hükmü dolayısıyla geçersiz sayılır⁴². İşçiyi gözetme borcu da, işverenin iş ilişkisi içindeki davranışları ile ilgilidir⁴³; (işçinin sadakat borcunda olduğu gibi) fesih olgusunu kapsamaz. İş Kanunu'nun işten çıkarmaya ilişkin ayrıntılı hükümleri (İşK. m. 18-21) karşısında, bu konuda yargıç tarafından doldurulması gereken bir "yasal boşluk" tan da söz edilemez.

Kanımızca, iş sözleşmesinin işletmesel nedenlerle feshinde "sosyal seçim" konusunda söylenecek en doğru söz, Yargıtay'ın son kararlarının gerekçelerinde şu şekilde ifadesini bulmuştur:

"İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi⁴⁴ kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel işpat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Türk İş Hukuku'nda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleriyle feshinde, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kriter veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir⁴⁵.

"İşten çıkarılacak işçinin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansları yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken keyfi olarak davrandığını, kendisinin

seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir⁴⁶.

Kararda bu konudaki temel ölçütün "dürüstlük ilkesi" (MK. m. 2) olarak belirtilmesi doğru bir yaklaşımdır. Ancak, bundan sonra, belirli denetim ilkelerinden söz edilmesine gerek bulunmamaktadır. İşveren fesih işleminde tutarsız davranmışsa, esasen "keyfilik" söz konusu olur; bu da MK. m. 2'ye uymaz. Bunun gibi, işveren keyfi davranmışsa, ayrıca bir tutarlılık denetimine gerek yoktur⁴⁷.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, (dn.1), 538 vd.; D.Ulucan, İş Güvencesi, 2. Baskı, Toprak İşveren Sendikası Yayını, İstanbul 2003, 61 vd.; A.Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, 77 vd. Ayrıca bak. M.Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta Basım, İstanbul 2003, 90 vd.
- 2 Yarg.9.HD, 11.12.2003, E.20222, K.20604, Legal İSGHD, s.2, 2004, 650-651. Benzer yönde bir karar için bak. Yarg.9.HD, 08.11.2004, E.12698, K.25058, Legal İSGHD, s.5, 2005, 278-280.
- 3 Çelik, (dn.4), 227; Süzek, (dn.1), 539-540.
- 4 Yarg.9.HD, 27.04.2009, E.10026, K.11699; www.hukukturk.com
- 5 Yarg.9.HD, 02.11.2009, E.1917, K.29704; www.hukukturk.com
- 6 Bak. S. Taşkent, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, 4. Bası, Legal Kitapevi, İstanbul 2010, 170 vd.
- 7 Yarg.9.HD, 27.04.2009, E.10026, K.11699; www.hukukturk.com
- 8 Çelik, (dn.4), 227-228; Engin, (dn.44), 90 vd.; Güzel, (dn.44), 77; G. Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, Bodrum 2005, 226; D. Ulucan, Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, 10 vd.; A. Güzel, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A.C.Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, 71.
- 9 Güzel, (dn.51), 70.
- 10 Şahlanan bu konuda, "...feshin son çare olması ilkesi... yasa hükmünün uygulanmasının önüne geçirilmemelidir" demektedir (F. Şahlanan, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren D., Haziran 2008, Hukuk 24, 3).
- 11 M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 2005, 50; Süzek, (dn.1), 539; Engin, (dn.44), 91.
- 12 M.Kılıçoğlu/K.Şenocak, İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi

- İçerisindeki Konumu, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2010, 181, 184.
- 13 Kılıçoğlu/Şenocak, (dn.55), 182.
- 14 Ö. Eyrenci, Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, 42; Güzel, (dn.51), 63-64.
- 15 Eyrenci, (dn.57), 36, 46 ve sf. 46, dn. 61; Alpagut, (dn.51), 226-227; Güzel, (dn.51), 65.
- 16 Yarg.9.HD, 15.05.2006, E.10807, K.13509; www.legalbank.net
- 17 Yarg.9.HD, 12.06.2007, E.8740, K.18743; Tekstil İşveren D., Haziran 2008, Hukuk 24, 2.
- 18 Yarg.9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 19 Yarg.9.HD, 13.03.2009, E.14860, K.10256; www.hukukturk.com
- 20 "Ancak, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih gerekçesinden bağımsız olarak, fesih kararının tutarlı bir biçimde uygulanmadığını ileri sürebilir ya da fesih kararı uygulaması sırasında son çare ilkesine uyulmadığı, eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını veya sosyal seçim ilkelerine uyulmadığını ileri sürebilir ve feshin bu yoldan geçersiz olmasını sağlayabilir." D. Ulucan, (dn.51), 18.
- 21 Sözelimi, işçi, işverenin kendisini lokantada garson fazlası olduğu için işten çıkardığını; oysa, işverenin diğer lokantası için garson aradığını, orada görevlendirilse idi, çalışabileceğini öne sürebilir. Bunun gibi, işçi, yetersizliği nedeniyle kendisini işten çıkartan işverenin belirli çalışanları eğiterek işte kalmalarını sağladığını, eğitim verilseydi, kendisinin de yeterli olabileceğini ve işini sürdürebileceğini söyleyebilir. Bu durumda, işverenin son çare ilkesine uymadığı tespit edildiğinde, işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir.
- 22 N. Çelik, Eşit Davranma Borcu, Sicil D., s. 4, Aralık 2006, 10.
- 23 İş sözleşmesini fesih olanağı yasanın taraflara tanıdığı bir haktır (AY. m. 48; İşK. m.17); bunun teknik bir kavram olan "işverenin yönetim hakkı" ile bir ilgisi yoktur.
- 24 Yarg.9.HD, 20.07.2009, E.18870, K.21761; www.hukukturk.com; Yarg.9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 25 Ulucan, (dn.51), 23; aynı yönde, G. Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? Sicil D.; s. 4, Aralık 2006, 104.
- 26 Taşkent, (dn.31), 68; Ulucan, (dn.51), 18, 21; Alpagut, (dn.51), 229; Güzel, (dn.51), 73.
- 27 Eyrenci, (dn.57), 35.
- 28 Bak. Ulucan, (dn.51), 17.
- 29 M. Alp, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdininin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, s.205/12, Ocak 1999, 1520 vd.; Eyrenci, (dn.57), 37 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, (dn.55), 184; B. Kar, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, s. 17, 2008/2, 122 vd.; Engin, (dn.44), 77 vd.;
- 30 Eyrenci, (dn.57), 38.
- 31 Alman hukukunda kullanılan bu kavramların tercümelerinin de isabetli olmadığına ilişkin olarak bak. Ulucan, (dn.51), 10-13.
- 32 Münchener Handbuch, Band 1, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2009, 1819.
- 33 Yarg.9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 34 Ulucan, (dn.51), 18.
- 35 Alpagut, (dn.68), 104.
- 36 Yarg. 9.HD, 03.04.2006, E.4878, K.8253. Karar ve kararın G. Alpagut tarafından incelenmesi için bak. (dn.68), 95 vd.
- 37 Yarg. 9.HD, 14.05.2007, E.9579, K.14901; Legal İSGHD, S. 16, 2007, 1573- 1574.
- 38 Bu konuda bak. Süzek, (dn.1), 544-545; Alpagut, (dn.68), 104-105.
- 39 N. Çelik, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklileri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil D., s. 4, Aralık 2006, 10-11.
- 40 D. Ulucan, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İSGHD, s. 14, 2007, 505; A.Güzel/E.Ertan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İSGHD, s. 16, 2007, 1283 vd.
- 41 Güzel/Ertan, (dn.83), 1283 vd.
- 42 Ulucan, (dn.83), 505.
- 43 Ekonomi, (dn.30), 154; Süzek, (dn.1), 346.
- 44 İşverenin yönetim hakkı (yetkisi) iş sözleşmesinden kaynaklanır; fesih yetkisini kapsamaz.
- 45 Yarg. 9.HD, 27.04.2009, E.10026, K.11699; www.hukukturk.com
- 46 Yarg. 9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 47 Ulucan, (dn.51), 18.