

Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜRSEL*

Makale Gönderim Tarihi: 7 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 12 Aralık 2018

Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihden Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması

Öz

İş sözleşmesinin feshi son çare olarak görülmemelidir. İşletme gerekleriyle yapılacak feshin geçerli kabul edilebilmesi için, işverenin fesihden önce işçiyi başka işlerde çalıştırma imkânını araştırması gerekir. Bu kapsamda, işveren fesih öncesinde işçiye uygun düşecek işi aramakla ve bunu teklif etmekle yükümlüdür. Hukukumuzda işverenin bu

yükümlülüğü hakkında bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, çalışmamızda Türk hukuk öğretisinde öne sürülen görüşler, Yargıtayımız tarafından verilen kararlar ve yabancı hukuktaki konuya özel düzenlemeler dikkate alınarak işverenin işçiyi başka işte çalıştırma zorunluluğu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

İşçiyi başka işte çalıştırma, işletme gereğiyle fesih, geçerli neden, son çare ilkesi.

As An Alternative to Termination the Employer's Reclassification of An Employee Before the Dismissal

Abstract

The termination of an employment contract should be considered to be an ultimate remedy. The termination based on the operational requirements of the establishment requires the employer to seek for reclassification of the employee before the dismissal. In this context, the employer must search an available work corresponding to employee's qualifications and communicate his proposal to the

employee before proceeding to the termination. In Turkish law, no provision regarding this obligation has been stipulated. Therefore, considering doctrine views expressed in Turkish law, decisions of the High Court of Appeals and particular provisions provided in foreign laws, the issue of the employer's obligation of reclassification has been studied in this paper.

Keywords:

Reclassification of the employee, termination based on the requirements of the establishment, valid cause, the principle of "ultima ratio".

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı – ilke.kazikdas@deu.edu.tr

Giriş

Tarafları arasında iş sözleşmesinin mümkün olduğunca devamını amaçlayan ve Türk hukukunda feshin geçerliliği denetlenirken temel alınan “feshin son çare olması ilkesi”, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak fesihlerden önce işçiye işyerinde başka bir işte çalışma olanağının sunulmasını gerekli kılmaktadır.

İşletme gerekleriyle fesihden önce işçiye başka bir iş verilmesi yükümlülüğü Türk iş hukukunda somut olarak düzenlenmemiş, konu daha çok öğretici görüşleri ve Yüksek Mahkeme kararlarıyla ele alınmıştır. Fransız hukuku incelendiğinde, ekonomik gerekçeye dayalı fesihden önce işverenin işçiye başka bir işte çalıştırma zorunluluğuna Fransız İş Kodu madde L1233-4’de yer verildiği görülmektedir. Aşağıda ilk önce işverene getirilen bu yükümlülüğün Fransız hukukunda ne şekilde düzenlendiği incelenecek, ardından Türk hukukunda gösterdiği özellikler açıklanacaktır. Çalışmamızda Fransız hukukundaki somut düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak işverenin fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğü hakkında hukukumuzun genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

I. Fransız İş Kodu Madde L1233-4 Hükmü Çerçevesinde İşverenin Fesihden Önce İşçiye Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğü

1. Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün Fransız Hukukundaki Gelişimi

Fransız İş Kodunda işverene fesihden önce işçiye işletme içinde başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü (*obligation de reclassement*)¹ getiren ay-

1 Türk iş hukuku doktrininde “obligation de reclassement” kavramı farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin, Gü-

runtılı bir düzenleme mevcuttur. Önceleri madde L321-1-3 hükmü altında yer alan bu düzenleme çeşitli tarihlerde (örneğin, 2005 ve 2007 yıllarında) değişikliğe uğramış, son olarak 20 Aralık 2017 tarihli ve 2017-1718 sayılı Karar ile gerçekleşen değişikliğin ardından madde L1233-4’deki mevcut hâlini almıştır².

Fransız hukukunda işverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğünün ekonomik gerekçeli fesihle karşı karşıya kalacak işçilere bireysel bir güvence sağladığı kabul edilmektedir. İşçilerin yararlanmakta oldukları bu hak esasen temelini yargı kararlarından almaktadır³. Şöyle ki, Fran-

zel bu kavrama “işverenin işçiye başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü” olarak yer vermiştir. Benzer şekilde, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal tarafından da “bir başka işte çalıştırılma” ifadesi kullanılmıştır. (Urhanoglu) Cengiz’in söz konusu yükümlülük bakımından “yeniden işe yerleştirme” ifadesine yer verdiği görülmektedir. Bkz. Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 77 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1004; Benzer yönde, Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2018, s. 595; Ayrıca bkz. İştar (Urhanoglu) Cengiz, “Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı Bağlamında Son Çare Olma İlkesi”, TÜHİS, Cilt:22, Sayı:1-2-3, 2009, s. 94-95; Öğretide, Alp ve Birben’in Alman hukukundan yola çıkarak “farklı şekilde istihdam”, “başka şekilde çalıştırma” ifadelerini kullandıkları görülmektedir. Bu yönde bkz. Mustafa Alp, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul, 17-18 Mayıs 2002, s.104; Erhan Birben, “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006, s. 84-87; Çalışmamızda genel olarak “başka işte çalıştırma yükümlülüğü” ifadesi tercih edilmiştir.

2 Eski ve yeni madde metinleri (L321-1-3 ve L1233-4) için sırasıyla bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=0D24AE97679A6A144C6EAC4D8E90152C.tplgfr44s_2?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006648602&dateTexte=20181007&categorieLien=id#LEGIARTI000006648602; https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=0D24AE97679A6A144C6EAC4D8E90152C.tplgfr44s_2?idArticle=LEGIARTI000036261863&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20181007, (19.09.2018).

3 Franck Héas, “Droit au reclassement et plan de sauvegarde de l’emploi”, Le Licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale, Ed. Christophe Willmann/Jean-Yves Kerbouc’h, Litec, Paris, 2002, s. 276; Emmanuel Dockès, Droit du travail, Dalloz, Paris,

sız İş Kodunda işveren bakımından bu yönde bir zorunluluğa açıkça yer verilmeden önce, Fransız Yargıtayı işçinin işinin ortadan kalktığı, işin ya da iş sözleşmesinin değiştirildiği durumlarda, işçiye işletme içinde başka iş verilmesi yükümlülüğünün işverene ait bir sorumluluk olduğuna işaret etmiştir⁴. Nitekim, mahkeme içtihatlarında ortaya konulan çözüm yolları 17 Ocak 2002 tarihli ve 2002-73 sayılı Sosyal Modernizasyon Kanunu tarafından Fransız İş Koduna dâhil edilmiştir⁵.

Yukarıda ifade edildiği gibi, Fransız hukukunda işverenin başka iş verme yükümlülüğü, işçinin işverene karşı sahip olduğu bir hak olarak benimsenmektedir. Bu *bireysel ayrıcalıktan* ekonomik gerekçeli fesih riski ile karşı karşıya kalacak her bir işçinin yararlanması mümkündür ve bu hakkın tanınmasında işletmedeki işçi sayısı, öngörülen fesih sayısı ya da ilgili işçinin kıdemi gibi hususların bir önemi bulunmaz⁶. Keza, Fransız Anayasa Konseyinin 13.01.2005 tarihli kararında da sözleşmesi feshedilen işçilerin sahip oldukları bu hakkın iş edinme hakkının doğrudan bir sonucu olduğuna hükmedilmiş ve bu şekilde söz konusu hakkın işçiler açısından varlığı güçlü bir şekilde vurgulanmıştır⁷.

2. Fransız İş Kodu Madde L1233-4 Hükümünde Öngörülen Düzenlemeler

a. Yükümlülük Kapsamında İşverenin Başka İş Arayacağı Yerler

Madde L1233-4 gereğince, iş sözleşmesinin

2007, s. 394.

4 Örneğin, "İfa edilen işin ortadan kalktığı bir durumda, ekonomik gerekçeli feshin gerçekleşebilmesi, ilgili işçinin işletme içinde bir başka işte çalıştırılmasının mümkün olmamasına bağlıdır.", Cass. Soc. 01.04.1992, RJS 5/92 no.598; "İş sözleşmesinin değişikliğine ilişkin bir durumda, söz konusu değişikliği reddeden işçiye yönelik olarak işveren başka işte çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.", Cass. Soc. 30.09.1997, RJS 11/97 no.1222, bkz. Jean Pélissier/Alain Supiot/Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2006, s. 594-595, dn. 3, dn.1; Ayrıca, bkz. Güzel, s. 77-78.

5 Pélissier/Supiot/Jeammaud, s. 596.

6 Héas, s. 276.

7 Décision no.2005-509 DC du 13 janvier 2005, bkz. Dockès, s. 394.

ekonomik gerekçe ile feshi, işçinin eğitimine ve işe uyumuna yönelik tüm çabanın gösterildiği ve ilgili işçinin işletme içindeki boş pozisyonlarda çalıştırılmasının mümkün olmadığı hâllerde uygulanabilir. İşçiye fesihden önce aranacak işler bakımından işletme kavramı dikkate alınmaktadır. İşverenin iş arama gerekliliği Fransa içinde kurulu işletmesiyle sınırlı tutulmuş olup, işverene ait Fransa dışındaki işletmeler yükümlülük kapsamına dâhil edilmemiştir⁸.

İşverene ait işletme aynı zamanda bir grup şirketinin parçası ise, işverenin işçiye başka iş verme yükümlülüğü söz konusu grubun içinde yer alan diğer işletmeleri de kapsar. Hükümde grup şirketlerinde iş bulma bakımından özellikle iki hususa işaret edilmiştir. Buna göre, ilk önce grup şirketlerindeki organizasyon, faaliyetler ve faaliyet yeri personelin tamamının ya da bir kısmının değişimini sağlayacak nitelikte olmalıdır⁹. Ayrıca, grup kavramının "*hâkim işletme*" (*entreprise dominante*) olarak adlandırılan bir işletme ile bu hâkim işletmenin Fransız Ticaret Kanununun ilgili maddelerinde belirtilen koşullarla kontrol altında bulundurduğu diğer işletmelerden oluşan yapıyı ifade ettiği görülmektedir (m. L1233-4-2). Gerek yükümlülüğü Fransa ile sınırlı tutan gerekse de hangi grup şirketlerinin bu zorunluluk kapsamına gireceğini belirten hükümler, m. L1233-4'ün önceki düzenleme olan m. L321-1-3'den ayrıldığı noktaların başında gelmektedir.

İşverenin işçiyi başka işte çalıştırması yönündeki yükümlülük etkilerini fesih kararından önce doğurur. Başka bir ifadeyle, fesih sebe-

8 Madde L1233-4'den önce, mevcut yerel hukukun yabancı işçi istihdamına izin vermesi koşuluyla, işverenin ilgili yabancı ülkelerde kurulu işletmelerinin de bu yükümlülük kapsamına girdiği kabul edilmekteydi. Bu yönde bkz. Cass. Soc. 30.03.1999, RJS 5/99 no.644; Cass. Soc. 07.10.1998, RJS 11/98 no.1352, Pélissier/Supiot/Jeammaud, s. 595, dn. 4.

9 Bu hükme önceleri yargı kararlarında değinilmiş, değişiklikten sonra madde metninde açıkça yer verilmiştir. Bkz. Cass. Soc. 07.04.2004, RJS 6/04 no.646; Cass. Soc. 27.10.1999, RJS 12/99 no.1449, Pélissier/Supiot/Jeammaud, s. 595, dn. 3; Ayrıca bkz. Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, Legal, İstanbul, 2007, s. 136.

binin ortaya çıkışından itibaren, işveren işten çıkarılma riski ile karşı karşıya kalacak işçileri için boş pozisyonları araştırmalı ve daha sonra teklif etmek üzere ayırmalıdır¹⁰. Yargı kararları uyarınca, işveren ekonomik gerekçeli fesih bildirimini yapacağı tarihe kadar bu yükümlülüğüne ilişkin araştırmayı gerçekleştirmelidir. Nitekim, fesih bildirim süresi içinde işçinin yeniden işe yerleştirilmesi için iş aranması ve bunun teklif edilmesi durumunda, işverenin gecikmiş olacağına karar verilmektedir¹¹. Ekonomik gerekçeyle işten çıkarılacak işçiler, işletme içinde haklarında fesih işlemi planlanmayan çalışma arkadaşlarına ve hatta grubun diğer şirketlerinde çalışmakta olup da ekonomik gerekçeyle iş sözleşmesi feshedilecek işçilere nazaran bu işletmedeki boş pozisyonlara yerleştirilme konusunda önceliğe sahiptirler¹².

b. Yükümlülük Gereğince Teklif Edilecek İşin Özellikleri ve Teklifte İzlenecek Yöntem

İşçinin işletme içinde çalıştırılabileceği işin niteliği yönünden maddede belirlemeler yapılmıştır. Buna göre, işverenin fesihten önce başka işte çalıştırma yükümlülüğü işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan bir iş, yahut hâlihazırda işle aynı kategoride yer almamakla birlikte eşdeğer bir ücretin ödendiği benzer iş¹³ bakımından gerçekleştirilmelidir. İşletmede bu niteliklerde bir iş mevcut değilse, işçinin açık kabul beyanı olması koşuluyla, daha alt bir kategorideki iş bakımından da söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkündür (m. L1233-4-3). Dikkate edilecek olursa, sözleşmesel ilişkinin devamını

sağlamak amacıyla Fransız yasa koyucu yükümlülük kapsamında teklif edilecek yeni işin işçinin önceden sahip olduğu işle örtüşmesinin gerekli olmadığı görüşündedir¹⁴. Çalışma süresi açısından da eski ve yeni işlerin muhakkak aynı olması gerekmediği, böylece tam zamanlı çalışan bir işçinin kabul etmesi şartıyla yarı zamanlı bir pozisyonda çalıştırılabileceği dile getirilmektedir¹⁵.

Yeni iş verme teklifi iki farklı şekilde işçiye sunulabilir. Şöyle ki, işveren teklifini kişiye özel olacak şekilde her bir işçiye yöneltebilir ya da işletmedeki boş pozisyonları gösteren bir listenin fesih kapsamına girecek işçilerin tümüne birden herhangi bir yöntemle dağıtımını sağlayabilir (m. L1233-4-4). İşçilere sunulacak teklifin mutlak surette yazılı olması ve kesin bir nitelik taşıması gerekmektedir (m. L1233-4-5). Madde L1322-4-4'de işverenin ekonomik gerekçe ile fesihten önce işçiye başka bir iş verme yükümlülüğünde izleyeceği prosedür hakkında daha sonra bir kararname ile düzenlemeye gidileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, 21 Aralık 2017 tarihli ve 2017-1725 sayılı Kararname¹⁶ ile işverenin söz konusu yükümlülüğüne ilişkin bazı koşullar öngörülmüştür. Buna göre, işçiye yapılan yazılı teklifte önerilen pozisyonun unvanı ve pozisyona ilişkin açıklama, işverenin adı, iş sözleşmesinin türü, görev yeri, ücret seviyesi ve önerilen pozisyonun girdiği kategori hususları açıkça belirtilmelidir¹⁷. İşveren tarafından boş pozisyonlar bir liste hâlinde işçi-

14 Héas, s. 279; Péliissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595.

15 Bkz. <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

16 Anılan Kararnameye (Décret n° 2017-1725 du 21 décembre 2017 relatif à la procédure de reclassement interne sur le territoire national en cas de licenciements pour motif économique) ulaşmak için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decree/2017/12/21/MTRD1728689D/jo/texte/fr>, (10.10.2018).

17 2017 tarihli Kararname ile gelen bu düzenlemeden önceki tarihlerde dahi işçinin bilinçli şekilde karar vermesini sağlamak üzere, işveren teklifinin en azından yeni pozisyonun yeri ve tanımı, eğitim ve ücret seviyeleri gibi hususları içermesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bkz. Cass. Soc. 05.12.2006, no.05-44.032, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

10 Dockès, s. 393.

11 Bu yöndeki yargı kararları için sırasıyla bkz. Cass. Soc. 26.05.1999, no.96-44.387; Cass. Soc. 27.10.1998, no.96-45.517, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

12 <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

13 Bu seçenek m. L321-1'de "eşdeğer bir iş" şeklinde düzenlenmiştir.

lere dağıtıldığında, aynı pozisyona birden fazla başvurunun gelmesi ihtimali dikkate alınmalı ve işçiler arasında nasıl seçim yapılacağına ilişkin kriterlere bu listede ayrıca yer verilmelidir. Keza, işçinin yazılı başvurusunu işverene sunabileceği sürenin ne olduğu hakkında da bilgi verilmelidir. İşletme hakkında yargısal bir tasfiye (*liquidation judiciaire*) söz konusu değilse, bu başvuru süresi listenin yayımlandığı tarihten başlayarak en az on beş gün olmalıdır. Belirlenen süre içinde işçinin yazılı bir başvurusu olmazsa, bu durum işverence yapılan teklifin reddi anlamına gelecektir. Görüldüğü gibi, Fransız hukukundaki mevcut düzenlemede işverenin başka işte çalıştırmaya yönelik teklifinin kesin bir nitelik taşımasına önem verilmiş ve bu kapsamda teklifin içeriğine ve teklifte izlenecek yöntemle ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

İşveren, fesihden önce başka bir iş verme yükümlülüğüne ilişkin iş arayışında samimi olmalıdır. Örneğin, grup şirketleri içinde çalışılabilecek iş imkânlarının duyurulması yoluyla salt işçinin bilgilendirildiği ve işçiden konu hakkında ana şirketle bağlantıya geçmesinin talep edildiği durumlarda, işveren teklifinin ciddi bir nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Keza, grup şirketleri içinde etkili şekilde pozisyon arayışına geçilmeden, söz konusu şirketlere konuya ilişkin basit mektupların gönderilmesi de yeterli görülmektedir¹⁸. Yine, Fransız Yargıtayına göre, işverenin söz konusu yükümlülüğü fesih riski ile karşı karşıya olan işçinin önceden çalıştığı yerde bir pozisyonun mevcut olmasıyla sınırlı tutulamaz; diğer bölgelerde var olan aynı türdeki işlerin de bu kapsamda işçiye teklif edilmesi gereklidir¹⁹. Ekleyelim ki, ekonomik gerekçeyle işten çıkarılan işçilerin nitelikleri ile uyumlu işlerde fesihden önce ve sonra (kötüniyetli bir uygulama olmasa bile) sistematik şekilde *geçici işçi* kullanılması, o

işletmedeki boş pozisyonların varlığının bir göstergesi ve dolayısıyla işverenin fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür²⁰.

Fransız hukukunda da fesih son çare olarak benimsendiğinden, ilk önce iş ilişkisinin devamını sağlayacak önleyici adımların atılması beklenmektedir. Bu doğrultuda, Fransız Yargıtayı, işveren tarafından fesih öncesinde işçiye başka bir iş bulunması için gayret gösterilmesi koşuluyla fesih gerçek ve ciddi bir ekonomik gerekçeye sahip olabileceğine kanaat getirmektedir²¹. Burada, işçiye başka iş verme açısından işverenin içinde bulunduğu olanaksızlık ekonomik nedenli fesih işleminin gerekçesini haklılaştırabilir²². Bu bağlamda, örneğin küçük boyutlu işletmelerin bu özelliği somut olay bakımından dikkate alınmalı ve işletme içinde yahut bu işletmenin ait olduğu grupta fesih zamanında mevcut bir pozisyon bulunmadığı kanıtlandığında, işverenin söz konusu yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmalıdır²³.

c. Fesihden Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün “Gerekenin Yapılması Yükümlülüğü” Olarak Nitelendirilmesi ve Bunun Sonuçları

İşveren fesihden önce işçiyi başka bir işe yerleştirmeye zorlanamaz; fakat işveren işçinin başka bir işte çalıştırılabilmesi için gereken tüm çözüm

18 Bu yönde sırasıyla bkz. Cass. Soc. 12.03.2003, no.00-46700 FD; Cass. Soc. 17.10.2001, no.99-42464 FD, [https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605,\(26.10.2018\);](https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605,(26.10.2018);) Ayrıca bkz. Güzel, s. 79.

19 Cass. Soc. 22.01.1992, RJS 3/92, no.267, bkz. Pélissier/Supiot/Jemmaud, s. 594, dn. 3.

20 Cass. Soc. 01.03.2000, no.98-46.233, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-rec-lassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

21 Cass. Soc. 19.02.1992, RJS 4/92 no.420; Cass. Soc. 04.04.1995, Dr. soc. 1995, 510, bkz. Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2004, s. 441, dn. 94.

22 Cass. Soc. 17.03.1999, Dr. soc. 1999, 503, bkz. Mazeaud, s. 442, dn. 95; Benzer *şekilde*, Dockès, s. 393.

23 Fransız Yargıtayına göre, derece mahkemesi hâkimleri tarafından somut olay incelenirken işletmenin küçük boyutta olması ve bağlı olduğu grup şirketinin yalnızca üç işçiden oluşması yönündeki olgular dikkate alınmalıydı. Bkz. Cass. Soc. 15.04.2015, 13-28.005; Benzer yönde, Cass. Soc. 10.05.2012, no. 10-26.809, https://ecitydoc.com/download/mise-en-oeuvre-de-lobligation-de-rec-lassement-la-taille-du-groupe_pdf, (20.10.2018).

yöntemlerini kullanmakla yükümlüdür²⁴. Nitekim, ekonomik gerekçeli feshin gerçek ve ciddi olup olmadığının incelendiği bir kararda, Yüksek Mahkemeye göre, ekonomik gerekçeye dayalı olarak işten çıkarılan işçi için işletmede boş bir pozisyon yoksa, işveren artık başka iş verme yükümlülüğüne aykırı davranmış olmaz. Kararın devamında, Yüksek Mahkeme işverenin bu yükümlülüğünü "gerekenin yapılması yükümlülüğü" (*obligation de moyens*) içinde gördüğünü belirtmiştir²⁵. Borçlu bu yükümlülükte, sonucu garanti etmeksizin, söz verdiği işi gerçekleştirmek için sahip olduğu tüm olanakları harekete geçirmeyi taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle, gerekenin yapılması yükümlülüğünde, borçlu belirlenmiş olan sonuca ulaşmak için gereken tüm çabayı göstermeyi vadedmektedir. Belirlenmiş olan sonuca ulaşılması, borçlunun söz konusu yükümlülüğünden doğan sorumluluğunu kendiliğinden doğurmaz. Nitekim, borçlunun sonuca ulaşmak için sahip olduğu tüm imkânları kullanmadığını kanıtlama yükü alacaklı üzerine düşmektedir. Gerekenin yapılması yükümlülüğünün tersi niteliğindeki sonuç yükümlülüğünde (*obligation de résultat*) ise, borçlu belirlenmiş olan sonuca ulaşma mecburiyetindedir²⁶.

Fransız Yargıtayı, işverenin fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yükümlülüğünü gerekenin yapılması yükümlülüğü olarak nitelendirdiğinden, işverenin işçiyi başka işte çalıştırmayı garanti etmesi söz konusu değildir. Burada işverenden beklenen, istenen sonuca varabilmek (başka bir ifadeyle, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla işçiyi fesihten önce başka iş verilebilmesi) için gereken tüm çabanın işveren tarafından gösterilmesidir.

24 Cass. Soc. 16.12.1998, no.96-41989, BC V no.560, bkz. <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

25 Cass. Soc. 10.05.2012, no.10-26.809, bkz. www.clients.nmcg.fr/fr/news_categories/3/publications-commentaires-juridiques?full_site=1&page=88, (28.09.2018).

26 Bu yönde bkz. bkz. <https://aurelienbamde.com/2016/07/01/obligation-de-moyen-et-obligation-de-resultat/>; <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/23882-obligation-de-moyen-definition>, (17.10.2018).

d. İşverenin Eğitim Verme ve Yeni İşe Adaptasyonu Sağlama Yükümlülükleri

İşveren, fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yönünde gayret gösterirken işçiyi eğitime (*formation*) ve işçiyi yeni işiyle uyumlu hâle getirme (*adaptation*) yükümlülüklerini ayrıca dikkate almalıdır. Daha önce belirtildiği üzere, Fransız İş Kodu m. L1233-4-1'de ekonomik gerekçeli feshin gerçekleştirilebilmesi için işçinin işletme içindeki boş pozisyonlarda çalıştırılmasına olanak olmaması yanında, işçinin eğitime ve işe uymuna yönelik tüm çabanın gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, öğretide işverenin başka iş verme yükümlülüğünün işçinin teklif edilen işe adaptasyonunu da beraberinde getireceğine işaret edilmektedir²⁷. Bu aynı zamanda verilen yeni görevleri işçinin doğru şekilde yerine getirilebilmesini sağlayacak imkânların, örneğin eğitim alma olanağının işçiyi sunulması şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim, Fransız Anayasa Konseyi, bir kararında işverenin adaptasyon yükümlülüğü ile eğitim verme yükümlülüğü arasındaki bağlantıyı vurgulamış ve başka iş verilmesi çerçevesinde işçiyi teklif edilen işlerin yapılabilmesi için gerekli eğitimin adaptasyon yükümlülüğü doğrultusunda işçiyi sunulması gerektiğini ortaya koymuştur²⁸.

Uygulama bakımından önemle vurgulamak gerekir ki, teklif edilecek iş fesih riskiyle karşı karşıya olan işçinin kapasitesi ile uyumlu olduğu müddetçe, işverenin eğitim verme yükümlülüğünün var olacağı kabul edilmektedir²⁹. Zira, yargı

27 Héas, s. 279; Adaptasyon ve başka işte çalıştırma yükümlülüğünün ikili bir yükümlülük olduğu yönünde bkz. Mazeaud, s. 441.

28 Cons. Constit., 12.01.2002, préc., bkz. Héas, s. 279, dn. 54; Öğretide, eğitim verme yükümlülüğü, işçilerin ifa ettikleri işlerindeki değişime adapte edilmelerine yönelik işveren yükümlülüğünün bir ifadesi olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595; Benzer yönde, Ali Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1 (4), s. 180, (Karar İncelemesi).

29 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595; Öğretideki bir görüşe göre de, kısa bir eğitime rağmen işçi yeni tekniklere uyum gösteremiyorsa işçinin kapasitesi ile ona teklif edilen yeni pozisyonun gerçek anlamda uyumsuz

kararlarında işverenin eğitim verme zorunluluğunun sınırlı olduğuna vurgu yapmak üzere, işçinin önceden kazandığı yeterlilikleri tamamlamaya izin verecek ölçüde makul bir eğitim verme yükümlülüğünden söz edilmiştir³⁰. Dolayısıyla, işçinin mevcut niteliklerinin çok daha üst bir seviyeye çıkmasını sağlayacak tam bir eğitim sunması işverenden beklenemez³¹. Misal olarak, bilgisayar ürünleri satan bir işçi işvereninden bilgisayar programcısı olabilmek için gereken eğitimin kendisine verilmesini talep edemez³². Bu yönüyle, işverenin ek bir eğitim vermesi yeterli görülmemeli, örneğin eksik olan başlangıç eğitiminin işçiyi sunulması yönünde bir zorunluluk getirilmemelidir³³.

e. Yükümlülüğe Aykırı Davranılması ve Doğuracağı Muhtemel Sonuçlar

İşçi kendisine yapılan teklifi kabul etmek zorunda değildir. Zira, işverenin fesihden önce işçiyi başka bir iş verme yükümlülüğü işçinin bunu istemesi kaydıyla fesih işlemine bir alternatif oluşturabilir³⁴. İşçinin teklifi reddetmesi ise onun sorumluluğuna yol açmaz³⁵. Ancak, işçi bu aşamadan sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi riskini göze almalıdır³⁶.

Ekonomik gerekçeli feshin bireysel ya da kolektif nitelik taşıması ya da işletmenin işçi sayısı önem arz etmeksizin, işveren sözleşmesi feshedilecek işçiler için diğer pozisyonları araştırmalıdır. Aksi takdirde, bu fesih işleminin gerçekleştirilmesi hukuka uygun olmaz³⁷. Fransız Yargıtayı ekonomik gerekçeli feshin gerçek ve ciddi olup olmadığını incelerken, işverenin başka iş verme yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığını özellikle dikkate almaktadır³⁸. Gerçekten de, işveren bu sorumluluğunu göz ardı ederek iş sözleşmesini feshettiği zaman, gerçek ve ciddi nedenden yoksun bir fesih işleminin sonuçları ile karşı karşıya kalır³⁹. Hatta, somut olayda ekonomik gerekçe kanıtlanmış olsa bile, işveren söz konusu yükümlülüğüne uymadığında ilgili fesih işleminin gerçek ve ciddi nedenden yoksun kalacağı kabul edilmektedir⁴⁰.

II. Fesihden Önce İşverenin İşçiyi Başka İşte Çalıştırması Bakımından Türk Hukukunun Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Son çare ilkesi, iş ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla feshe kıyasla daha hafif önlemlerin araştırılmasını ve uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Somut olay bakımından başvurulacak önlemlerin feshi önlemeyeceği anlaşıldığında, artık fesih işlemine son çare olarak gidilebilecektir⁴¹. Feshe

olduğu anlaşılır, böylece fesih işlemi haklı görülebilir. Bkz. Mazeaud, s. 441.

30 Cass. Soc. 17.02.1998, RJS 4/98, no.434, bkz. Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595, dn. 6; Benzer yönde, Güzel, s. 80.

31 Cass. Soc. 04.02.1998, RJS 4/98, no.434, bkz. Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 596, dn. 1; Benzer şekilde, işveren daha yüksek kategoride yer alan mevcut bir işe ulaşmasını sağlayacak yeni bir nitelik elde etmesi için işçiyi eğitim vermekle yükümlü değildir. Bkz. Cass. Soc. 17.05.2006, no.04-43022 FD, <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

32 Güzel, s. 80.

33 Söz konusu karar için bkz. Cass. Soc. 03.04.2001, no.99-42188, <https://www.legifrance.gouv.fr/affich-JuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044174&date-Texte=, 29.10.2018>; Eğitimin basit, kısa süreli ve ilgili işçiyi hızlı şekilde hazır hâle getirecek nitelikte olması yönünde bkz. <https://www.legavox.fr/blog/maitre-jon-drax/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

34 Mazeaud, s. 443

35 Cass. Soc. 29.01.2003, no.00-46322, BC V n.28, bkz. <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

36 François Gaudu, Droit du Travail, Dalloz, 2004, Paris, s.

209.

37 Cass. Soc. 27.01.1999, no.97-43951 D; Cass. Soc. 09.01.2002, no.00-40437 FD, <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

38 Güzel, s. 80.

39 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595; Gaudu, s. 208; Ayrıca, bkz. yuk. I, 2, b, dn. 21'deki kararlar.

40 Cass. Soc. 21.02.2006, no.03-45383 FD, <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018); Bu yönde ayrıca bkz. Güzel, s. 80-81.

41 Süzek, s. 593; Feshin son çare olması ilkesi hakkında ayrıca bkz. Savaş Taşkent, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararla-

son çare olarak gidilmesi kuralı yalnızca işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde değil, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bazı durumlar ile davranışından kaynaklanan durumlar için de gözetilen temel bir ilkedir⁴².

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak fesihlerden önce son çare ilkesi kapsamında atılacak önleyici adımlardan biri, işçinin işyerinde/işletmede başka bir işte çalıştırılmak suretiyle iş ilişkisinin devam ettirilmesidir. İşverenin işletme gerekleriyle fesihden önce işçiye başka işte çalıştırmasına yönelik önleme 4773 sayılı Kanununun madde gerekçelerinde değinilmiştir. Geçerli sebep kavramının açıklandığı hükümde, feshe son çare olarak bakılması çerçevesinde işverenden beklenenler sayılmış ve burada *işverenin işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak ve işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşabileceğine* yer verilmiştir⁴³. Ne var ki, 4857 sayılı İş Kanunumuza konu hakkında bir hüküm eklenmemiştir. Öğretime bakıldığında, işverenin fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğüne son çare ilkesi çerçevesinde sıklıkla yer verildiği görülmektedir⁴⁴. Aynı şekilde, Yargıtay da işletme

gerekleriyle yapılan feshin geçerliliğini denetleyen son çare ilkesini somut olaya uygulamakta ve bu doğrultuda fesihden önce işçinin başka şekilde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığını sorgulamaktadır⁴⁵. Nitekim, Yüksek Mahkememiz kararlarında yaptığı değerlendirmeler ile işverenin söz konusu yükümlülüğünün şekillenmesine uzun yıllardır katkı sağlamaktadır. Fakat, Fransız hukukundaki ayrıntılı hükümlerin aksine, Türk hukukunda fesihden önce işçiye başka iş verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı göz önüne alınırsa, bu yükümlülük hakkında tereddütlerin yaşanması doğaldır. Bu sebeple, çalışmamızın bu bölümünde işçinin fesihden önce başka işte çalıştırılmasına yönelik olarak uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar ele alınmıştır.

2. İşverenin İşçiyi Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün Genel Özellikleri

Hukukumuz bakımından işletme gerekleriyle fesihden önce işverenden işçiyi başka bir işte çalıştırmak üzere işyeri/işletme bünyesinde gerekli araştırmayı yapması, boş ve uygun pozisyonları işçiye teklif etmesi beklenmektedir. Söz konusu yükümlülük işverene mutlaka yeni bir iş bularak işçiyi istihdam etmeye devam etmesi gibi bir zorunluluk getirmez. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bazı işyerlerinin kapanması, bazı işyerlerinde

rının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2009, Kamu-İş, Ankara, 2011, s. 178-185; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003, s. 43-44; Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta, İstanbul, 2003, s. 90 vd.; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017, s. 209-211; Tankut Centel, İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2013, s. 113-114; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 191-192; Birben, s. 84-87.

42 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 518; Süzek, s. 594.

43 Madde gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss893m.htm>, (10.11.2018).

44 Bu yönde bkz. Güzel, Karar İncelemesi, s. 179-182; Güzel, s. 77-83; Birben, s. 174 vd.; Polat Soyer, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal, İstanbul, 2005, 52-54; Mustafa Alp, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kidem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TİSK Yayın, Ankara, 2009, s. 159-160, (2006 Yılı Değerlendirme); Talat Canbolat, “Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför

Olarak Çalıştırılması”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Mart 2008, s. 72-73; Süzek, s. 595-596; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 209-210; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2018, s. 518; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, Seçkin, Ankara, 2017, s. 321.

45 “...iş ve işyeri ile ilgili alınan kararlar, varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. İşçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, başka işte çalıştırarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, fesih son çare olmalıdır ilkesi gözetilmelidir.”, Yargıtay 9. HD, 16.05.2005, 2005/3899 E. – 2005/16747 K.; Yargıtay 9. HD, 15.05.2006, 2006/11741 E. – 2006/14066 K.; Yargıtay 9. HD, 22.03.2007, 2006/36997 E. – 2007/8174 K., www.calismatoplum.org; Yargıtay 22. HD, 12.12.2016, 2016/28882 E. – 2016/26780 K.; Yargıtay 22. HD, 16.01.2017, 2016/27478 E. – 2017/42 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018).

sezonluk faaliyete geçilmesi nedeni ile işyerinde istihdam fazlasının oluştuğu somut olayda, bazı işçilere nakil işlemi uygulanmakla birlikte işten çıkarılan işçi bakımından nakledilecek bir kadro veya iş yoksa bu işçiye bir teklifte bulunulmamasının feshi geçersiz kılmayacağına işaret etmiştir⁴⁶. Dolayısıyla, Fransız hukukuna benzer şekilde, Türk hukukunda da işverenin işçiye yeni bir iş bulma yönündeki ciddi gayreti yeterli olup, bu çaba neticesinde işçiye yeni bir iş bulunamaması işverenin söz konusu yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyecektir.

a. Yükümlülük Gereğince İşçiye Aynı ya da Benzer İşin Teklif Edilmesi

Daha önce ifade edildiği gibi, Fransız İş Kodunda işverenin işçiye teklif edebileceği işin nitelikleri açıkça düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise böyle bir belirleme yapılmadığından, işverenin yükümlülük kapsamında hangi nitelikteki işleri önerebileceği sorusu akla gelebilir. Konu hakkında işveren tarafından ilk olarak işçinin çalıştığı işle aynı veya benzer konumda bir işin var olup olmadığı araştırılabilir. İşçinin çalıştırılacağı aynı ya da benzer nitelikte iş belirlenirken, işçinin *kişisel durumu, mesleki yetenekleri, iş sözleşmesinin içeriği, işyerinin/işletmenin organizasyon şeması, görev tanımları* gibi hususları dikkate alınmalıdır⁴⁷. Bu nedenle örneğin, bir yüksek montaj teknisyeninin işyerinde boş olan satış sorumlusu kadrosunda çalıştırılması söz konusu olamayacaktır⁴⁸. Benzer konumda bir işin mevcudiyeti hâlinde, çalışma koşullarının ağırlaşmaması için ücret seviyesinin eşdeğer olması ayrıca dikkate alınmalıdır.

İşyerinde yüksek konumda bulunan ve işçinin o pozisyona getirilmesi hâlinde terfi niteliği taşıyacak işler bakımından ise altı çizilmesi gereken nokta, işverenin bu pozisyonlara kendi seçimiyle işçi almakta serbest olduğu ve bu konumdaki işlerin fesihden önce işçiye teklif edilmesi yönünde işverene bir zorunluluk getirilemeyeceğidir⁴⁹.

İşyerinde aynı veya benzer niteliklerde bir iş mevcut değilse, (Fransız İş Kodundaki düzenlemenin aksine) işverenin daha düşük konumda bir iş için araştırma yapma zorunluluğu kanımızca bulunmamaktadır. Aksinin kabul edilmesi, işçinin objektif olarak kendisinden beklenemeyecek derecede düşük konum ve ücretteki bir işin⁵⁰ araştırılarak teklif edilmesi yönünde bir işveren yükümlülüğünün tesis edilmesi anlamına gelir ki, bu sonuç ne işçinin ne de işverenin menfaatine hizmet eder. Ayrıca, öğretide *Birben*'in ifade ettiği gibi, somut olayda işçi için son derece düşük konumda kalan bir iş olmasına rağmen salt feshin geçersizliğini sağlamak amacıyla bu işin kendisine teklif edilmediği işçi tarafından ileri sürülebilir. Bu yöndeki kötünietli iddiaları önleyebilmek için, işçinin çalıştırılabileceği boş pozisyonlar belirlenirken *dürüstlük kuralı* çerçevesinde bir belirleme ve sınırlandırma yapılmalıdır⁵¹.

Yargıtay da işçinin başka bir birimde veya başka bir görevde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği somut şekilde araştırılırken *işçinin eğitimi ve görev tanımı gibi niteliklerinin dikkate alınacağına* vurgu yapmaktadır. Örneğin, bir uyuşmazlıkta tahsildar-şoför pozisyonunda çalışan işçinin sözleşmesi işveren şirketin bir başka banka ile birleşmesi ve evrak toplama-dağıtım işini dava dışı firmalara vermesi sonucu feshedilmiştir. Yargıtay,

46 Yargıtay 9. HD, 04.10.2010, 2010/33069 E. – 2010/27474 K., www.calismatoplum.org, (11.11.2018).

47 Bu yönde bkz. Soyer, s. 53; Birben, s. 194-195; Centel, s. 114; "...işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ... getirilmeli, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, ... feshin yukarıda belirtilen ilkelere göre geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı net olarak belirlenmelidir.", Yargıtay 22. HD, 26.05.2014, 2014/12746 E. – 2014/14274 K.; Yargıtay 9. HD, 23.03.2009, 2008/34202 E. – 2009/7718 K., www.calismatoplum.org, (26.11.2018).

48 Birben, s. 196.

49 Birben, s. 193.

50 Canbolat'a göre, iş sözleşmesinin feshinden önce işçiye önerilmesi gereken başka bir iş bakımından işçinin çalıştırılabileceği nitelikte işler dikkate alınmalı, bu doğrultuda işçinin eğitim durumu, kıdemi, liyakatı ve çalışmakta olduğu mevcut iş gibi unsurlara önem verilmelidir. Bkz. Canbolat, s. 73; Örneğin, işçinin son olarak yaptığı işe göre çok daha az bir bilgi ve yetenek gerektiren yahut çok daha düşük ücret ödenen bir işin işçiye teklif edilebilecek boş bir çalışma yeri olarak görülmesi mümkün değildir. Bkz. Birben, s. 197.

51 Birben, s. 196.

işçinin eğitim durumu ve görev tanımı gereğince kurye şoförlüğü, tahsildar-şoförlük kadrosunda yahut buna uygun görevlerde istihdam edilemeyeceğinin sorgulanmasını talep etmiştir⁵². Davalı bankanın birleşmeden sonra organizasyon değişikliğine gittiği ve davacı işçinin görev yaptığı nöbetçi kadrosunun kaldırıldığı bir başka olayda, işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilmesinin doğru olmayacağı Yargıtay tarafından ifade edilmiş, bununla birlikte kararın devamında davacının eğitimi ve görev tanımı gibi nitelikleri dikkate alınarak davalı bankanın başka birimlerinde değerlendirilme olanağının araştırılması gerektiğine işaret edilmiştir⁵³.

İşverenin kapsamlı bir eğitim vererek işçiyi daha üst bir pozisyonda ya da mevcut mesleğinden farklı bir meslekte çalıştırması da beklenemez. Zira, Fransız hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da yeni bir işe uyum kapsamında verilecek eğitimin makul ve kısa süreli olması, aşırı masrafa yol açmaması ve amaca ulaşmaya elverişli olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁴. Şu hâlde, Türk hukukunda işçinin yeni bir meslek edinmesini sağlayacak nitelikte bir eğitim vermesi kural olarak işverenden istenemez. Öte yandan, meslek içi eğitim kavramının dikkate alınması mümkündür. Çünkü, *meslek içi* eğitim işçinin çalışmakta olduğu alandaki mesleki bilgisini muhafaza etmesine, arttırmasına yahut teknolojik gelişmelerle uyumlu hâle getirmesine yöneliktir⁵⁵. Açıklanan sebeplerle, işverenin meslek içi eğitim olarak adlandırılan ek bir eğitim vermesi yeterli görülmelidir⁵⁶.

52 Yargıtay 9. HD, 14.04.2008, 2007/31229 E. – 2008/8687 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018).

53 Bkz. Yargıtay 9. HD, 15.10.2007, 2007/16151 E. – 2007/30228 K.; Yargıtay 9. HD, 04.10.2010, 2010/33069 E. – 2010/27474 K., www.calismatoplum.org, (11.11.2018); Yargıtay 9. HD, 23.01.2006, 2005/39106 E. – 2006/933 K. ve Alp'in kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 159-160.

54 Süzek, s. 596-597; Güzel, s. 83; Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 160; Engin, s. 93-94; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 321; "...davacıya uygun veya davacının makul süreli bir eğitimle kazanabileceği özellikleri itibarıyla istihdam edilebileceği pozisyona işçi alınıp alınmadığı tespit edilmelidir.", Yargıtay 9. HD, 27.03.2014, 2013/15701 E. – 2014/10451 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018).

55 Birben, s. 208.

56 Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 161; Meslek içi eğitim ile

b. Fesih Tarihindeki Boş Pozisyonların Mevcudiyeti

Yükümlülük kapsamında boş pozisyonlar tespit edilirken hangi zamandaki boşluğun dikkate alınacağı önem taşımaktadır. Öğretide *kural olarak* fesih anı (feshin işçiye ulaştığı an) itibarıyla boş pozisyonların mevcudiyetinin araştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷. Bu yorum işverenin fesihten önce başka işte çalıştırma yükümlülüğünü ayrıntılı şekilde düzenleyen Alman ve Fransız hukuklarında varılan sonuçla örtüşmektedir⁵⁸. Yargıtayımız da davacı işçinin çalıştırılabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı araştırılırken fesih tarihinin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁹.

Fesih bildirim süreleri işlerken boşalacak çalışma yerleri bakımından ise bir ayrıma gidilmesi ve süreler işlerken boşalacağı objektif olarak tespit edilebilir hâle gelen pozisyonların yükümlülük kapsamında yapılacak araştırmada dikkate alınması önerilmektedir. Bildirim sürelerinin geçmesinin hemen sonrasında boşalacak pozisyonlar da aynı kapsamda kabul edilebilir. Zira, bu ihtimalde de pozisyonun boşalacağı önceden öngörülebilmektedir⁶⁰.

yeni bir meslek kazandıracak eğitim arasındaki farklar için bkz. Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 160-161; Birben, s. 208-209.

57 Birben, s. 185-186; Soyer, s. 52.

58 Alman hukukunda bu yönde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları için bkz. Birben, s. 185-186; Fransız hukukunda da işin mevcut olup olmaması fesih tarihine göre değerlendirilmektedir. Bkz. Cass. Soc. 15.11.2006, no.05-43.507, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-johan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

59 "Yapılacak iş, davalı alt işveren şirketin fesih tarihinde davacıyı çalıştırabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı, bu işyerlerine fesih tarihinden kısa bir süre önce ve sonra davacı ile aynı vasıflarda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılarak, davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı yok ise davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona ermesine dair bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağı kabul edilerek davanın reddine, var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermenin ibarettir.", Yargıtay 22. HD, 26.04.2018, 2018/1548 E. – 2018/9850 K.; Yargıtay 22. HD, 20.06.2018, 2018/8060 E. – 2018/15357 K. www.kazanci.com.tr, (26.11.2018).

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Birben, s. 187-190; Ayrıca bkz. Soyer, s. 52-53.

c. İşverenin Başka İş Arayacağı Yerler

aa. İşverene Ait İşyeri/İşletme

Fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğüne ilişkin yapılacak araştırma bakımından işverenin sahip olduğu tüm işyerleri dikkate alınmalıdır. Tek bir işyerine sahip olunması durumunda araştırma doğal olarak bu işyeri ile sınırlı olacak; diğer ihtimalde araştırmanın kapsamı diğer işyerlerini içine alacak şekilde genişleyecektir⁶¹. Yargıtay tarafından işaret edildiği üzere, işverene ait birden fazla işyeri bulunması hâlinde, diğer işyerlerindeki işlerin teklif edilebilmesi için bu işyerinin işçinin çalışmakta olduğu işyeri ile aynı işletme içinde yer alması, aynı iş kolunda olması ya da aynı ilde bulunması gerekli değildir. Burada Yargıtayın dikkate aldığı husus, söz konusu işyerlerinin aynı gerçek ya da tüzel kişi işverene ait olmasıdır⁶². Bir sınırlamaya tâbi olmaksızın işverene ait tüm işyerlerinin yükümlülük kapsamında kabul edilmesine yönelik Yargıtay uygulaması, Fransız İş Kodu m. L1233-4'deki hükümlerle benzerlik gösterir. Çünkü, Fransız hukukunda da işverenin Fransa sınırları içinde kurulu tüm işletmeleri bu yükümlülük kapsamında görülmektedir.

bb. Holding Bünyesindeki Şirketler

İşçinin çalışmakta olduğu işyeri şirketler topluluğu veya holding⁶³ bünyesinde bir şirket ise,

işverenin işten çıkaracağı işçilerine fesihden önce şirketler topluluğu/holding çatısı altındaki diğer şirketlerde yeni iş arama zorunluluğu bulunup bulunmadığı hususu incelenmelidir.

İlk önce Yargıtay kararları üzerinden bir değerlendirme yapacak olursak, Yüksek Mahkemenin konu hakkında farklı yönde sonuçlara vardığı söylenmelidir. Örneğin, eski tarihli bazı kararlarda holding bünyesindeki şirketlerin ayrı işverenler olması sebebiyle iş akdi feshedilen işçinin diğer şirketlerde değerlendirilmesi yönünde işverene bir yükümlülük getirilemeyeceğine karar verilmiştir⁶⁴. Bununla birlikte, 2009 yılındaki bir kararda holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olduğuna ve işçinin diğer bağlı şirketlerde çalıştırılması için işverenin araştırma yapma zorunluluğu olmadığına ilk önce vurgu yapılmış; fakat kararın devamında *yönetim şeklinin*, şirketler arası *organik bağ*⁶⁵ ve *bunlar arasında yaşanan işçi nakillerinin* istisnai olarak dikkate alınabileceğine ve bu yönüyle diğer şirketlerde istihdam olanağı olup olmadığının araştırılabileceğine hükmedilmiştir⁶⁶. Aynı şekilde, bir başka kararda holding bünyesindeki şirketleri ilgilendiren *ortak*

olarak, başka şirketlere sermaye yatırımı yaparak pay senetlerine sahip olan ve bu suretle o şirketlerde yönetim gücü kullanabilen bir işletmedir; Münir Ekonomi, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 427; Şirketler topluluğu ve holding kavramlarının tanımları için ayrıca bkz. Ali Cengiz Köseoğlu, "İşyerinin Kapanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:4, Aralık 2006, s. 46, dn. 22; Binnur Tulukçu, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:18, Haziran 2010, s. 138.

61 Süzek, s. 596; Alp, s. 104-105; Birben, s. 177-178.

62 "...Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre işverenin birden fazla işyeri varsa, son çare olarak işçinin diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalı, işçinin çalıştırılacağı diğer işyerlerinin aynı işletme içinde yer alması veya aynı iş kolunda olması hatta aynı ilde bulunması dahi zorunlu olmayıp, işyerinin aynı gerçek veya tüzel kişi işverene ait olması yeterli olduğundan ve dosya içerisinde davalı işletmenin aynı iş kolunda başka işyerlerinin de olduğu anlaşıldığından, fesih geçerli kabul edilemez", Yargıtay 9. HD, 21.12.2017, 2017/19125 E. – 2017/22073 K.; Yargıtay 9. HD, 15.02.2018, 2018/949 E. – 2018/2916 K.; "...davalı işverenin Türkiye çapında farklı yerlerden aldığı ihaleler varsa bu ihaleler kapsamında davacıyı çalıştırmasının mümkün olup olmadığı yani feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı belirlenmeden karar verilmesi hatalıdır", Yargıtay 22. HD, 16.01.2017, 2016/27478 E. – 2017/42 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018); Yargıtayın bu yöndeki kararlarını olumlu bulan görüş için bkz. Doğan Yenisey, s. 133-134.

63 "Şirket toplulukları ve onlardan biri olarak holdigler, sermayenin daha çok yoğunlaştığı işletmeye göre daha geniş bir organizasyon bütünlüğüdür. Holding, genel

64 Yargıtay 9. HD, 24.03.2008, 2008/7977 E. – 2008/6091 K.; Aynı yönde, "...Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme kulfetini kapsamaz", Yargıtay 9. HD, 22.12.2008, 2008/39933 E. – 2008/34838 K., www.calismatoplum.org, (18.11.2018).

65 Caniklioğlu tarafından "organik bağ" kavramı, iki bağımsız hukuk süjesinin ekonomik, yönetsel ya da hukuki açıdan sıkı bir bağ içinde olması, bir bütünlük içinde yönetilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Nurşen Caniklioğlu, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın 2017 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Kasım 2018.

66 Yargıtay 9. HD, 02.11.2009, 2009/1917 E. – 2009/29704 K. ve Tulukçu'nun kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. s. 129-141.

bir istihdam politikası mevcutsa, şirketler arasında çeşitli tarihlerde işçi transferleri gerçekleştirildiyse ya da birlikte istihdamda⁶⁷ uygun bir yapı varsa artık son çare ilkesi çerçevesinde işten çıkarılacak işçiye diğer şirketlerde yeni iş verme imkânının mutlaka araştırılması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸.

Gerçekten, somut olayda Yüksek Mahkemenin işaret ettiği hususların araştırılması ve ortaya konulması şartıyla işverenin bağlı şirketlerde iş arama yükümlülüğünün varlığı kabul edilmeli, böylece holding bünyesindeki şirketlerin salt ayrı tüzel kişilikleri olması gerekçe gösterilerek işverenlerin söz konusu yükümlülüğünden muaf tutulmalarına yol açan olumsuzluklar bertaraf edilmelidir⁶⁹. Nitekim, Fransız hukukunda da iş-

verenin grup şirketlerinde yapacağı araştırma bakımından grup şirketlerinin taşıdığı özellikler önem arz etmekte ve şirketlerin organizasyonu, faaliyetleri ve faaliyet yeri göz önüne alınarak şirketler arasında işçilerin tamamının ya da bir kısmının geçişi mümkün olduğunda, ilgili işverenin diğer grup şirketlerinde iş aramakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir (bkz. Fransız İş Kodu m. L1233-4-1). Ayrıca, holding bünyesindeki diğer şirketlerin işten çıkarılacak işçiyi çalıştırmaya hazır olduklarını açık şekilde bildirdikleri yahut işçinin en başından holding düzeyinde çalıştırılmak üzere işe alındığı durumlarda, bu bünyedeki tüm şirketler başka işte çalıştırma yükümlülüğü kapsamında görülmelidir⁷⁰. Buraya eklenebilecek diğer bir istisna, sözleşmenin başında tüm holding bünyesinde işe alınmamış olmasına karşın işçinin çalışma süresinin büyük çoğunluğunda holdinge bağlı değişik şirketlerde çalıştırılması ve böylece fesihden önce diğer şirketlerde yeni bir iş verilebileceği yönünde işçide güven oluşturulmuş olması ihtimalidir⁷¹.

Boş pozisyon bulunan holding bünyesindeki diğer şirkette çalışmaya yönelik işçinin vereceği rızanın iş sözleşmesi imzalanırken alınıp alınmayacağı konusu ayrıca incelenebilir. En başta belirtmek gerekir ki, burada esasen olması gereken, işverenin araştırma sonucunda bulunduğu boş pozisyonun önerilmesinden sonra işçiden rıza alınmasıdır. Ancak, uygulamada holding çatısı altındaki şirketlerde çalışmaya başlayacak işçilerin sözleşmelerine diğer bir şirkete nakil işlemini önceden kabul ettiğine dair kayıtlar konulmaktadır. Söz konusu kayıtlar iş sözleşmesinin devri sonucunu doğuracağından, Türk Borçlar Kanunu m. 205 ve m. 429 hükümleri dikkate alınmalıdır. Öncelikle TBK m. 205/2'deki sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya

67 "...işçinin aynı gruba ait şirketlerin bir kısmına ya da tamamına birlikte hizmet vermiş olması ve bu çalışmaların kısmi çalışma şeklinde ayrıştırılmasının mümkün olmaması halinde birlikte istihdam olgusundan söz edilir", Yargıtay 9. HD, 12.02.2008, 2007/33247 E. – 2008/114 K.; "...özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir.", Yargıtay 9. HD, 22.12.2008, 2008/44175 E. – 2008/34718 K.; Yargıtay 22. HD, 13.09.2013, 2013/18800 E. – 2013/ 18737 K., www.calismatoplum.org, (16.11.2018).

68 Yargıtay 22. HD, 20.01.2012, 2011/18465 E. – 2012/336 K.; "...aynı gruba bağlı ve aynı faaliyet alanı madencilikle iştigal eden diğer şirket ile davalı şirket arasındaki bağ açıklığa kavuşturulmuş değildir. İki şirkete ait işyerlerindeki çalışmaların birlikte istihdam olgusu taşıyıp taşımadığı, çalışanların her iki işverene hizmet verip vermediği, şirketler arasında adi ortaklık bulunup bulunmadığı, işçi nakilleri olup olmadığı araştırılmalı...", Yargıtay 9. HD, 22.12.2008, 2008/44175 E. – 2008/34718 K., www.calismatoplum.org; "...davacının daha önce çalıştığı, davalı şirket ile organik bağ içerisinde olan dava dışı ... Helva Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de istihdam imkanı olup olmadığının tayini yönünden araştırma yapılarak, feshin son çare olma ilkesinin tutarlı şekilde uygulandığının denetime uygun şekilde ortaya konması gerekmektedir.", Yargıtay 9. HD, 09.11.2017, 2016/28967 E. – 2017/17887 K., www.kazanci.com.tr, (18.11.2018).

69 İşverenin holding bünyesindeki diğer şirketlerde de yeni işe yönelik araştırma yapmasını gerekli gören doktrin görüşleri için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1003-1004; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir, 2018, s. 344; Bu yönde yapılacak araştırmada holdingi bir işletme olarak kabul etmenin adil bir çözüm getireceği yönünde bkz. Köseoğlu, s. 46-47;

Tulukçu, s. 139; İşverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğünün işverene ait işyeri/işletme ile sınırlı görülmesi yönünde bkz. Ekonomi, s. 428; Soyer, s. 52; Süzek, s. 596; Centel, s. 114; Birben, s. 179-180.

70 Soyer, s. 52; Birben, s. 180.

71 Bu yönde bkz. Birben, s. 181.

sonradan onaylanan anlaşmanın da, sözleşmenin devri hükümlerine tâbi olacağı yönündeki hüküm sözleşmenin devrine önceden izin verilebileceği kanısı uyandırmaktadır. Anılan maddeye ek olarak, TBK m. 429'da işçinin iş sözleşmesinin devrine yazılı rızasını ne zaman vereceğinin düzenlenmemiş olması bu yöndeki kanıyı güçlendirmektedir⁷². Ancak, bu yöndeki bir kabul, işçinin önceden öngöremeyeceği işverenler yanında çalışması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde isabetli şekilde vurgulandığı üzere, işçinin önceden verdiği rıza sonucunda iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan bir işyerinde çalışmaya başlaması yahut mali yönden güçsüz bir işverenle karşı karşıya kalması gibi olumsuz sonuçlar doğabilir. Keza, geçici iş ilişkisinde devir anında rıza aranırken (İş Kanunu m. 7) sözleşmenin işveren tarafını kalıcı şekilde değiştiren iş sözleşmesinin devri işlemine önceden rıza verilemeyeceği evleviyetle kabul edilmelidir⁷³. Açıklanan sebeplerle, kanımızca da iş sözleşmesinin devrine önceden izin veren kayıtlara geçerlilik tanınmamalıdır.

Öte yandan, vardığımız bu sonuca holding şirketleri bakımından bazı istisnalar getirilebilir. Örneğin, sözleşme devrini saklı tutan kayıtlar sözleşmenin imzalandığı tarihte holding çatısı altında var olan şirketlerle sınırlandırılabilir. Böylece, devirden çok önce işverenin belirlenebilir

hâle gelmesi sağlanmış olur. Ayrıca, saklı tutma kaydının kabul edildiği tarihte holding bünyesindeki şirketlerin temel nitelikleri, maddi güçleri ve işyerleri ne ise bu özelliklerin devam ettirilmesi şartıyla söz konusu kaydın geçerli olacağı kabul edilebilir⁷⁴. Ayrıca, öğretilde Alp tarafından haklı şekilde belirtildiği gibi, işçinin holding bünyesinde sözleşme devrine önceden izin verdiği kayıtlar bir anlamda fesihten önce işçinin başka işte çalıştırılmasına yönelik işveren yükümlülüğünün alanını tüm holding şirketlerine yaymaktadır. Böylece, fesihten önce boş ve uygun pozisyonların aranacağı yerler işçinin lehine artış gösterir. Holding bünyesindeki diğer şirketleri de kapsayacak şekilde söz konusu yükümlülüğü genişleterek uygulamak koşuluyla, devri saklı tutan kayıtlara geçerlilik tanınabilir⁷⁵. Dolayısıyla burada sözü edilen koşulların sağlanması hâlinde, işletme gereğiyle sözleşmesi feshedilecek bir işçinin sözleşme devrine önceden verdiği rıza doğrultusunda işvereni tarafından holding bünyesindeki diğer şirketlerde özellikle aynı nitelikteki bir işe doğrudan yerleştirilebileceği kanısındayız.

d. Başka İş Teklifinde İşverenin Takip Edeceği Usul

İşveren tarafından fesihten önce başka işte çalıştırma yönünde yapılacak teklif, *kural olarak* onayı alınmak üzere işçiye sunulmalıdır. Yukarıda ifade edildiği gibi, işçinin çalışmakta olduğu işle aynı nitelikte bir işin mevcut olmaması hâlinde benzer bir işin teklif edilmesi somut duruma göre işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelebilir. Zira, işçinin çalışmakta olduğu işyerinde benzer nitelikteki bir iş teklif edilse dahi yeni işinde işçinin yaşayabileceği kariyer ve prestij kaygısı nedeniyle⁷⁶ esaslı değişiklik ihtimali gözden uzak tutulmamalıdır. İşverenin teklifi işçinin mevcut işyerinden işverene ait başka bir işyerinde görevlendirilmesini gerektirdiğinde, ça-

72 İş sözleşmesinin devrine önceden onay verilebileceği yönünde bkz. Münir Ekonomi/Öner Eyrenci, "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2001, s. 1219-1220; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 384; İstar Cengiz, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 72.

73 Süzek, s. 340; Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş, Ankara, 2010, s. 40, (2008 Yılı Kararları); Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2008, s. 124; Mustafa Alp, "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, 04.04.2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s. 315-316, (İş Sözleşmesinin Devri); Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:31, 2011, s. 923-924.

74 İstisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 316-317; Aynı yönde, Soyer, 2008 Yılı Kararları, s. 40.

75 Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 316-317.

76 Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara, 2005, s. 115.

İşma yerinin değiştirilmesi sebebiyle yine esaslı değişiklik gündeme gelebilecektir. Örneğin, işverenin bir başka ildeki işyerinde çalıştırılmak üzere işçiye teklifte bulunulması, (ifa edilecek iş aynı olsa bile) esaslı değişikliği meydana getirir. İşin niteliğinin değişmesiyle ücrette oluşacak azalmalar bakımından da esaslı değişiklik sonucuna ulaşılmalıdır⁷⁷. O hâlde, söz konusu durumlarda İK m. 22'deki usul işletilmeli ve işverenin yapacağı yazılı teklife işçinin altı işgünü içinde yazılı kabul beyanını açıklaması beklenmelidir.

İşçinin çalışmakta olduğu işyerinde aynı türdeki bir işin teklif edilmesi ihtimalinde ise, işçinin bu şekilde çalıştırılmaya devam edilmesi esasen işverenin *yönetim hakkı* çerçevesinde görülebileceğinden⁷⁸, İK m. 22'deki usulün takip edilmesi kanımızca gerekli değildir. Ne var ki, ispat kolaylığı sağlaması açısından bu ihtimalde dahi işverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğüne ilişkin teklifini yazılı sunması yararlı olacaktır.

e. İşverenin Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün İhlali

İşverenin fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yükümlülüğüne uymadan iş sözleşmesini feshetmesi Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da geçersiz bir fesih olarak nitelendirilmektedir⁷⁹. İşverenin yükümlülük çerçevesinde önereceği yeni işin işçi tarafından kabul edilmesi yahut yapılan araştırmaya rağmen işyerinde/işletmede işçiye uygun boş bir pozisyonun bulunmaması⁸⁰ ve son çare ilkesi gereğince baş-

kaca bir adım atılmasının (örneğin ücretsiz izne çıkarmanın) olumlu bir sonuç vermeyeceğinin anlaşılması durumunda, işveren tarafından iş sözleşmesi işletme gerekleri ile feshedilebilir.

Uyuşmazlık hâlinde, işverenin somut olayda işçiye uygun bir pozisyon teklifinde bulunduğu yahut tüm araştırmalara rağmen bu nitelikteki bir işin mevcut olmadığını ispatlaması gerekli olacaktır. Bu itibarla, en başından işyerindeki/işletmedeki iş kategorilerinin ve görev tanımlarının ayrıntılarıyla belirlenmesi, işyerinde boşalan - doldurulan pozisyonlar ve işten ayrılma/çıkarılma - işe alım tarihleri gibi istihdam kayıtlarının gerektiği gibi tutulması işverenlere bu yöndeki iddialarını kanıtlarken kolaylık sağlayacaktır.

Burada yalnızca araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin feshi geçersiz kılıp kılmayacağı konusu tartışılabilir. Konu hakkındaki bir görüşe göre, somut olayda geçerli bir fesih nedeni var olsa dahi, işveren araştırma yükümlülüğüne uygun hareket etmediğinde son çare ilkesine uymaması sebebiyle geçersiz fesih sonucuyla karşılaşmalıdır⁸¹. Buna karşılık, öğretimizdeki diğer bir görüş, feshin geçerliliği açısından işçinin işyerinde başka işte çalıştırılma imkânının fiilen ve gerçekten mümkün olmasının önem taşıdığını, fesihten önce bu imkânın var olmadığı anlaşıldığında artık salt araştırmanın fesihten önce yapılmamış olmasının feshi geçersiz kılmayacağını savunmaktadır⁸².

77 Çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan durumlar hakkında bkz. Süzek, s. 663-667; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2011, s. 175-182; Gaye Burcu Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin, Ankara, 2014, s. 89-103.

78 Bu yönde bkz. Süzek, s. 665; Birben, s. 205.

79 "...davacı işçinin iş akdinin feshinden önce başka birimlerde çalıştırma imkânının değerlendirilmediği anlaşıldığından, mahkemece davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.", Yargıtay 9. HD, 02.10.2017, 2016/22679 E. - 2017/14619 K.; "Yapılacak iş ... davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı ..., var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir", Yargıtay 22. HD, 26.04.2018, 2018/1548 E. - 2018/9850 K., www.kazanci.com.tr, (26.11.2018).

80 "Davacının çalıştığı televizyon kanalının kapatılması

işverenin yönetim yetkisi kapsamında işletmesel bir karardır. Davalı işveren, davacının çalıştığı televizyon kanalı kapatıldıktan sonra davacıya grup bünyesinde yönetmen pozisyonu ve ayrıca 7 ayrı iş teklif etmiş olduğuna göre, fesihten önce son çare olma ilkesine de uygun davranmıştır. Fesih öncesi ve sonrasında davacının çalıştığı pozisyona veya benzerine başka bir işçi alınması da söz konusu değildir. Açıklanan nedenle davacının işletmesel kararı tutarlı uyguladığı kabul edilerek geçerli nedene dayanan fesih sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.", Yargıtay 9. HD, 30.05.2018, 2017/26565 E. - 2018/12115 K.; Yargıtay 9. HD, 08.11.2016, 2015/35336 E. - 2016/19570 K.; Yargıtay 22. HD, 15.02.2016, 2016/1314 E. - 2016/3794 K., www.kazanci.com.tr, (26.11.2018).

81 Güzel, Karar İncelemesi, s. 181; Fransız hukukunda aynı yönde varılan sonuç için bkz. yuk. I, 2, e, dn. 40.

82 Bektaş Kar, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynak-

Daha önce belirtildiği gibi, söz konusu yükümlülük kapsamında işverenden istenen fesihten önce mutlak surette işçiye önceki işiyle aynı ya da benzer bir iş verilmesi, böyle bir iş mevcut değilse *işçiye yeni bir pozisyon yaratılması değildir*⁸³. İşverenin başka iş verme yükümlülüğüne uygun hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için bu ödevin önemli gereklerinden biri olan dürüstlük kuralına uygun şekilde yeni iş arama ve bunu işçiye önerme zorunluluğunun fesihten önce gerçekleştirilmesidir. O hâlde bize göre, fesihten önce yeni iş olasılıklarının var olup olmadığı hususu işverenin kendi iradesiyle gerçekleştireceği araştırma sonucunda netlik kazanmışsa, işveren yükümlülüğüne uygun hareket etmiş sayılabilir. Aksi takdirde, işverenin geçersiz bir fesihten önce karşı karşıya kalacağı kabul edilmelidir. Yargıtay da yeni tarihli bir kararında, çelik sektöründeki ekonomik kriz gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen feshi değerlendirmiş, işverenin iş sözleşmesini geçersizlikle feshetmek istediği işçiyi başka bir işte çalıştırma olanağını araştırma ve işçiye bu yönde bir öneride bulunma yükümlülüğünün mevcut olduğunu vurgulamış, işverence somut olayda söz konusu yükümlülüğe uyulduğunu gösteren bir bilgi ve belge sunulmadığından son çare ilkesine uygun hareket edilmediğine ve sonuç olarak feshin geçersizliğine karar vermiştir⁸⁴.

III. Sonuç

Fesihten önce feshi önleyici adımların atılmasını hedefleyen son çare ilkesi gereğince, işletme

gereğiyle yapılacak fesihten önce işverenin işçiyi başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü mevcuttur. Yabancı hukuk sistemlerinin aksine, Türk hukukunda başka işte çalıştırmaya yönelik somut bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, inceleme konumuz öğretinin ve yargının uzun yıllardan beri meşgul olduğu konulardan biridir.

İşverenin fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yükümlülüğü Fransız İş Kodu m. L1233-4'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, işçiye önerilecek boş pozisyonların niteliği, boş pozisyonların aranacağı yerler ve bu açıdan grup şirketlerinin durumu, işçiye yapılacak öneride takip edilecek usul, işverenin eğitim verme ve yeni işe uyum kazandırma zorunluluğu ve söz konusu kurallara uyulmadan ekonomik gerekçeli feshin gerçekleştirilemeyeceği gibi hususlarda hükümlerin öngörüldüğü söylenmelidir. Fransız Yargıtayının da işverene ait söz konusu yükümlülüğün uygulamada doğurduğu sorunları aydınlatıcı birçok kararı mevcuttur. Türk hukukunda fesihten önce başka işte çalıştırma yükümlülüğünün hüküm bazında düzenlenmemiş olması uygulama boşluklarını beraberinde getirmektedir. Burada gerek öğretimiz gerekse de Yargıtayımız tarafından ileri sürülen görüşler işverenlere yol gösterici olmaktadır. Ayrıca, yabancı hukuktaki ilgili düzenleme ve kararlar da yükümlülüğün uygulanmasıyla ilgili yaşadığımız problemlerin çözümüne katkı sağlayabilir.

İşletme gerekleriyle fesihten önce işçiye mutlaka yeni bir iş verme, işçiye uygun iş yoksa yeni bir iş yaratma zorunluluğu işverene yüklenemez. İşveren işyerinde/işletmede işçiye uygun ve boş pozisyonları araştırmak, bunları teklif etmek ve işçinin yeni işe uyumu bakımından gerek duyuyorsa makul bir eğitim vermekle sorumludur. Başka bir deyişle, söz konusu yükümlülükte işverenin edim sonucunu değil, *edim fiilini* üstlenmektedir⁸⁵. Bu belirlemeden hareketle, işveren

lanın Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum, Sayı:17, 2008/2, s. 124-125; Birben, s. 186.

83 Engin, s. 92; Soyer, s. 53; Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 160; Centel, s. 114.

84 Yargıtay 9. HD, 15.02.2018, 2018/949 E. – 2018/2916 K., www.kazanci.com.tr; Benzer yönde, "...işverence alınan işletmesel kararlar sonucu işyerinde kadro fazlalığı meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş sözleşmesi feshedilmiş ise de, işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma imkanının olup olmadığı araştırılmadığı, ... hizmet akdinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir.", Yargıtay 9. HD, 22.03.2007, 2006/36997 E. – 2007/8174 K., www.calismatoplum.org, (04.10.2018).

85 Edim sonucuna ulaşmak için gerekli olan bütün fiillerin yapılması ve engelleyici davranışlardan kaçınılması, "edim fiili" olarak tanımlanır. Alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleştirilmesi ise "edim sonucu" olarak kabul edilir. Bkz. Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Söz-

az önce sözünü ettiğimiz yeni iş araştırma, teklif etme, eğitim verme gibi fiillerini özenli bir şekilde yerine getirmelidir. Aksi takdirde, başka iş verme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediğinden bahisle somut olayda feshin geçersizliği yaptırımını ile karşı karşıya kalabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, işverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğüne yönelik bu zamana kadar yargı kararları ve öğretici görüşleriyle oluşan birikim dikkate alınarak yasa koyucumuz tarafından somut bir düzenlemeye gidilmesinin yararlı olacağı açıktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.
- Alp, Mustafa: "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul, 17-18 Mayıs 2002, s. 91-128.
- Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara, 2005.
- Alp, Mustafa: "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TISK Yayın, Ankara, 2009, s. 135-177. (2006 Yılı Değerlendirme)
- Alp, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, 04.04.2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s. 302-329. (İş Sözleşmesinin Devri)
- Alpagut, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 6-7; Edim kavramının çift anlamlı olduğu ve bazı sözleşmelerde edimin "edim fiili", bazılarında ise "edim sonucu" olarak ortaya çıktığı yönünde bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, Beta, İstanbul, 1998, s. 93-94.
- kin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:31, 2011, s. 913-959.
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2011.
- Birben, Erhan: "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, Seçkin, Ankara, 2017, s. 301-342.
- Canbolat, Talat: "Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması", Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Mart 2008, s. 62-76.
- Caniklioğlu, Nurşen: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın 2017 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Kasım 2018.
- Cengiz (Urhanoglu), İhtar: "Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı Bağlamında Son Çare Olma İlkesi", TÜHİS, Cilt:22, Sayı:1-2-3, 2009, s. 89-99.
- Cengiz, İhtar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Centel, Tankut: İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2013.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2018.
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir, 2018.
- Dockès, Emmanuel: Droit du travail, Dalloz, Paris, 2007.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul, 2007.
- Ekonomi, Münir: "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Mil-

- li Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 409-457.
- Ekonomi, Münir/Eyrenci, Öner: "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2001, s. 1199-1223.
 - Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta, İstanbul, 2003.
 - Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, Beta, İstanbul, 1998.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017.
 - Gaudu, François: Droit du Travail, Dalloz, Paris, 2004.
 - Güzel, Ali: "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 57-90.
 - Güzel, Ali: "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1 (4), s. 159-182. (Karar İncelemesi)
 - Héas, Franck: "Droit au reclassement et plan de sauvegarde de l'emploi", Le Licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale, Ed. Christophe Willmann/Jean-Yves Kerbouc'h, Litec, Paris, 2002, s. 273-289.
 - Kar, Bektaş: "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum, Sayı:17, 2008/2, s. 101-129.
 - Köseoğlu, Ali Cengiz: "İşyerinin Kapanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:4, Aralık 2006, s. 43-68.
 - Mazeaud, Antoine: Droit du travail, Montchrestien, Paris, 2004.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
 - Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2008.
 - Pélissier, Jean/Supiot, Alain/Jeammaud, Antoine: Droit du travail, Dalloz, Paris, 2006.
 - Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
 - Soyer, Polat: "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal, İstanbul, 2005, s. 27-69.
 - Soyer, Polat: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş, Ankara, 2010, s. 11-85. (2008 Yılı Kararları)
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2018.
 - Taşkent, Savaş: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2009, Kamu-İş, Ankara, 2011, s. 163-203.
 - Tulukçu, Binnur: "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:18, Haziran 2010, s. 129-142.
 - Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003.
 - Yıldız, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin, Ankara, 2014.