

İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERE DAYALI FESİHLERDE YARGISAL DENETİM

Bektaş KAR¹

I. GİRİŞ:

İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği, tek taraflı haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur.

Önce 4773 sayılı yasa ile daha sonra da yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile iş hukukuna, **iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olan "haklı neden" kavramının yanında, "geçerli neden" kavramı getirilmiştir.** İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme anayasal temelini sözleşme ve girişim özgürlüğünde (Anayasa 48. md.) bulan işverenin, işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme hak ve özgürlüğünden kaynaklanır. Ancak aynı hükümde iş sözleşmesinin feshi "geçerli bir sebebe" dayandırılmak suretiyle işverenin girişimci olarak karar verme özgürlüğü ile işçilerin işlerini koruma hakları yani anayasal çalışma hakkı (Anayasa 49. md.) arasında bir denge kurulmuştur². Yasa, işverenin fesih hakkını sınırlarken, **"geçerli neden" kavramını merkeze oturtmuştur.** Başka bir anlatımla yasa, **işverenin fesih hakkını, haklı nedenlerin olmadığı durumlarda, "geçerli bir neden oluşuncaya kadar" sınırlamaktadır.** Haklı nedenlerin olmadığı durumlarda işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için zorunlu olan "geçerli neden" kavramının açıklığa kavuşturulması, tanımlanması gereklidir. Bu kapsamda, geçerli neden ile haklı neden arasındaki farkların ortaya konması önemli olacaktır.

Haklı neden-geçerli neden fark ayrımında aşağıdaki olgular gözden kaçırılmamalıdır.

Her haklı neden, aynı zamanda bir geçerli nedendir.

Ancak her haksız neden, geçersiz neden değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi anlamında "haklı neden" in varlığı halinde işçinin iş sözleşmesi ihbar süresi verilmeden ve tazminatsız feshedilir. Oysa "geçerli neden" in varlığı halinde süreli ve tazminatlı bir fesih söz konusu olur.

Belirtmek gerekir ki **işçinin işe iade davası açma hakkı tüm fesih hallerinde vardır.** Bir başka anlatımla işveren işçinin iş sözleşmesini ister geçerli

¹ *Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi*

² Yrd. Doç. Dr. E. Murat ENGİN, İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME GEREKLERİ İLE FESHİ, s: 48 vd. Beta Y. İstanbul, 2003, ; Süzek, S. İŞ HUKUKU, s:444, Beta. 3. Bası. İstanbul 2006

nedene dayalı olarak feshetsin, isterse haklı nedene dayalı olarak feshetsin, işçi her durumda işe iade davası açma hakkına sahiptir. Bu konuda ortaya çıkabilecek en önemli fark şudur: Eğer işverenin dayandığı nedenin haklı olmadığı, buna karşılık geçerli neden sayılması gerektiği yargılama sürecinde ortaya çıkarsa, işe iade davası yine de reddedilecek, bununla birlikte işçinin işverenden kıdem ve ihbar tazminatlarını isteme hakkı doğacaktır.

Yasada, geçerli nedenin tanımı yapılmamıştır. Sadece geçerli nedenin hangi durumlardan kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Buna göre geçerli nedenler işçiden ve işyerinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/1 maddesinde, "Otuz) veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

Konumuz işletme, işyeri ve iş gerekleri olduğundan, öncelikle diğer nedenlerde arandığı gibi, görev ve yetki sorunu çözüldükten sonra, davanın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca bir aylık hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığına bakılmalıdır. Görevli ve yetkili iş mahkemesine davanın süresinde açıldığı anlaşıldığı takdirde, bundan sonra davacı işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmadığı araştırılmalıdır. Mahkeme görevli ve yetkili, dava bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmış, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, işveren vekili konumunda olmadığı, işyerinde 6 aylık kıdemi bulunduğu ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışmakta ise, işletme, işyeri ve işin gereklerine dayalı işverenin fesih işlemi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca denetime tabi tutulmalıdır. Bu anlamda fesih bildirimini yazılı yapılmış, fesih sebebi de açık ve kesin olarak belirtilmiş ise, daha sonraki ve aşağıda belirtilen feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı denetimine geçilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren, genel usulü ve maddi savunma sebepleri dışında, savunma olarak fesih bildiriminde geçerli ya da haklı bir sebep gösterdiğini ve bunun kanun çerçevesinde geçerli sebep olarak kabul edildiğini ileri sürerek savunma yapabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükü işverenedir. İşveren ister işletme içi isterse işletme dışı nedenlere dayanmış olsun, bu nedenleri tek tek göstererek, bunların etkilerini, etkilenen çalışma yerlerini somut olarak ve denetime elverişli olarak ortaya koymalı ve iş sözleşmesi feshedilecek işçinin çalışma yerinin ortadan kalktığını kanıtlamalıdır³.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş

³ BİR BEN, E;Doktora Tezi. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ, Yayınlanmamış eser, s: 162

sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyumsuzluğun çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur: **Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür.**

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedenleri ile fesihle, yargısal denetimin yapılabilmesi için kavramların bilinmesi ve doğru algılanması gerekir.

II. KAVRAMLAR

A. GEREK ve GEREKLİLİK:

Gerek sözcüğü, **ihtiyaç ve zorunluluk bildiren** bir kavramdır. Gereklilik kavramı ise “olmazsa olmaz”, “bir nevi zorunluluk” anlamlarına geldiği gibi, bir şeyi amaç edinmede gereklilik olarak açıklanmaktadır. Gereklilik diye bir kavramdan sözedebilmek için, ortada bir **sebep-sonuç ilişkisi** olması gerekir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerin, gerek ve gerekleri kavramından hareketle, sebebinin bir zorunluluktan, ihtiyaçtan doğması ve sonuç olarak bundan dolayı işçi çıkarılması gerekir. Aslında bu anlamda gerekleri kavramının, feshin kaçınılmazlığını içerdiği de söylenebilir.

B. İŞLETME:

İşletme kavramı, İş Hukuku’ndan çok, Ticaret Hukuku alanında kendini gösteren bir kavramdır. Ancak gelişen ve yenilenen İş Hukuku işletme kavramına yer vermeye başlamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu da işletme tanımına yer vermese de, birkaç maddesinde işletme kavramından bahsetmiştir. Alt asıl işveren ilişkisini düzenleyen 2, istisnaları düzenleyen 4, belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen 12, **feshin geçerli sebebe dayandırılmasını düzenleyen 18**, toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili 78, teftişi düzenleyen 95 ve idari yaptırım cezalarını düzenleyen 105. maddelerinde işletme kavramına yer verilmiştir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 2 ve 24, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 3, 15, 18, 27, 36, 39 ve 53. maddelerinde bu kavram yer almıştır.

İşletme, herşeyden önce ekonomik, işyerinden daha geniş ve işyerlerini kapsayan bir kavramdır. Genel anlamda işletme, **“iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün”** olarak tanımlanmaktadır.

İşletme, işyeri gibi çeşitli mal ve üretim faktörlerinin bir arada bulunduğu bir organizasyonu taşımaktadır. İşyerini işletmeden ayıran en önemli ölçüt, izlenen amaçtır. İşyeri teknik bir amaç için, işletme ise ekonomik bir amaç için örgütlenmiştir. İşyeri işletmenin amaçlarına ulaşmasında bir araçtır. İşyerinin

vazgeçilmez unsuru olan iş gücü, işletmede önemli değildir. Ticari işletmeden söz edilirken, işçi çalıştırılması gerekli değildir⁴.

İşletme Gereklere: 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle feshedilebileceği belirtilmiş, ancak bu gereklerin neler olacağı açıklanmamış, bir ölçüde sunulmamıştır. Yasanın gerekçesinde bir takım örnekler sayılmıştır. Kaynak Alman hukukunda da işletme gerekleri açıkça sayılmamakla birlikte, fesih nedeni "kaçınılmaz işyeri-işletme gerekleri" olarak tanımlanmış ve bir ölçüt belirtilmiştir. Fransız hukukunda ise, feshin gerçek ve ciddi nedenlere dayanması gerektiği genel hükümlerde belirtilirken, ayrı bölümde ekonomik nedenlerle (ki işyeri ve işletme gereklerinin en önemli nedenidir) fesihlerde, feshi geçerli kılan nedenlerin neler olduğu açıkça düzenlenmiştir⁵. Her iki hukuk sisteminde de işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshi için kanunda sayılan haller veya objektif nedenler de işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması aranmaktadır.

İşletme gerekleri ile fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlüklerle, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi, dolayısı ile çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlalığının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır⁶. İşletme gerekleri ile fesihte, fesih nedeni işverenin iradesinden doğmaktadır. Oysa işçiden kaynaklanan nedenlerde, fesih nedeni dışardan bakan bir üçüncü kişi tarafından da objektif olarak tespit edilebilecek bir durumdadır. Ancak işletme gerekleri ile feshinde, işçiden kaynaklanan nedenlerde olduğu gibi, dışardan bakıldığında feshin objektif olarak bakıldığında feshin gerekli olduğunu kabul etmeyi gerektirecek bir durum ortaya çıkmalı, işveren kararı feshi objektif olarak gerekli ve kaçınılmaz kılmalıdır⁷. Geçerli bir işletme, işyeri ve iş gereği, ancak işverenin işletmesel kararının objektif olarak işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırdığı takdirde, kabul edilmelidir.

İşletme gerekleri ile fesihte, işyerini veya işletmeyi etkileyen objektif nedenler istihdam fazlası yaratmalı ve işçilerin istihdamını, bütünüyle ve sürekli olarak engellemelidir. İşçinin çalışma olanağının kesin ve sürekli olarak ortadan kalkma unsuru eksiğe, işverenin işletmesel kararı sadece bir irade ya da istek beyanı olarak kalacak ve iş güvencesi bakımından anlam ifade etmeyecektir⁸. Kısaca istihdama engel olan nedenle fesih arasında nedensellik ilişkisi aranmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, gereklilik kavramı da, bu nedenselliğin, sebep sonuç

⁴ YENİSEY, D; İŞ HUKUKUNDA İŞYERİ VE İŞLETME s: 35 LEGAL, İstanbul 2007.

⁵ ENGİN, , a.g.e., s:35

⁶ Süzek, a.g.e., s:444, Engin, M. a.g.e, 35-36

⁷ ALP, M; İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ, s: 181 Seçkin. Ankara, 2005

⁸ Alp, a.g.e., s: 183

ilişkisinin açıklanmasını gerekli kılmaktadır. İşletme gerekleri ile feshin amacı, işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanması olmalıdır⁹.

C. İŞYERİ:

İş hukukunun yer itibari ile uygulama alanını işyeri oluşturur¹⁰. Genel anlamda işyeri, bir işverenin maddi olan ve olmayan araçlarla belli bir teknik amacı gerçekleştirmesine yarayan ve süreklilik gösteren organize edilmiş bir bütündür¹¹. Buna göre, işyeri sadece sını ve ticari amaç güden yerleri değil hizmet kesimine giren ve ayrıca serbest meslek faaliyetlerinin de görüldüğü bütün yerleri kapsar.

İşyeri tanımına, iş ve işletme kavramlarının aksine, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işyeri tanımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre, “**İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime**” işyeri denir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu 2. maddesinde işyeri, işin yapıldığı yer olarak tanımlanmıştır. 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda işyeri tanımına yer verilmemiş, ancak bu kanun kapsamında çalışan işçilerin çalıştığı, gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları” işyeri olarak kabul edilmiştir (Madde. 3). Aynı Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca Basın Çalışanlarının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18–21. maddeleri uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerle fesihlerde Basın Çalışanları açısından çalıştıkları işyerinin önemi vardır. Deniz İş Kanunu'nda işyeri olarak hangi gemilerin kanun kapsamına dâhil olacağı belirtilmiştir. Ancak Deniz İş Kanunu'nu kapsamındaki işçilerin, iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmadığını belirtmek gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde tanımı yapılan işyerinin unsurları şunlardır.

a) Maddi unsurlar: İşyerinin maddi unsurları, mal ve hizmet üretiminde kullanılan, arsa, bina, makine, alet, büro araçları, hammadde ve bu gibi varlıklardır. Ayrıca araçlar işyeri sınırları içinde madde de ayrıca sayılmıştır.

b) Maddi olmayan unsurlar: İşyerinin maddi olmayan unsurlar, teknolojik gelişmeler ve sını hakların artması ile öne çıkmıştır. Bunlar arasında ticaret unvanı, tecrübe, buluş, müşteri çevresi, teknik bilgi, patent, alacak hakkı gibi değerler sayılabilir. Ancak bunların işyerinin bir unsuru sayılabilmesi için işyerinin teknik amacını gerçekleştirmek amacı ile oluşturulan organizasyonun içinde olması gerekir¹².

⁹ Engin, a.g.e. s: 37

¹⁰ Süzek, a.g.e., s:157

¹¹ TAŞTAN, S; İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

<http://www.humanresourcesfocus.com/proje4.asp>

¹² Yenisey, a.g.e. s. 17

c) İş gücü: İşyerinde çalışan ve emeği temsil eden işçilerin varlığı, işyerini oluşturan önemli unsurlardan biridir. Özellikle iş güvencesi bakımından işyerinde çalışan işçi sayısı önem arz etmektedir.

d) Teknik amaç: Mal ve hizmet üretmek için örgütlenen işyerine özelliğini veren unsur teknik amaçtır. İşyerinin diğer unsurlarını belirli bir amaca ulaşmak için bulundurması gerekir. Bu teknik amaçtır. İşletmenin iktisadi, işyerinin ise teknik amacından sözedilir. Bu anlamda, bir işletmeye bağlı işyeri niteliğindeki fabrikanın amacı doğrudan doğruya kar sağlamak değil, sadece bunun için mal üretimi yapmaktır¹³. Bir işyerinde birden fazla teknik amaç takip edilebilir.

e) Organizasyon: Organizasyon içinde olan bir işyeri, salt bir yer olmaktan çıkar. Maddi ve manevi unsurların sürekli bir organizasyon içinde örgütlenmesi ile işyeri oluşur. Bu örgütlenmede iş gücünün de organizasyon içinde yer alması gerekir¹⁴. Ayrıca belirli bir amaç doğrultusunda örgütlenilmesi gerekir. Amacı olmayan bir organizasyondan sözedilemez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işyeri tanımı ve eklentilerin belirtilirken, organizasyon kavramına yer verilmiş ve işyerinin işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu açıklanmıştır. İşverenin örgütlediği, çerçevesini çizip organize ettiği herhangi bir yer, iş organizasyonu içinde yer alırsa işyerinden sayılacaktır. Çünkü iş organizasyonu kavramı, işverenin fiilen yönetim hakkını yeterince kullanmasa da kurduğu organizasyon içinde yer alan tüm yerlerin işyerinden sayılmasını gerektirecek bir anlama sahiptir¹⁵.

4857 sayılı İş Kanunu için yapıldığı yer dışındaki bazı birimleri de işyeri kapsamında saymıştır. İşyerinin sınırları yasa ile açıkça düzenlenmiş ve işyerinin, işyeri, bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluştuğu ve iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde bir paralel düzenlemede, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda da yer almıştır.

İşverenin birden fazla üretim yapılan işyeri vardır. Bağlı yerlerin teklik olarak işyeri içinde yer alması için, asıl işyeri ile bağlı bulunan işyerlerinin hukuksal olarak birbirlerine bağlı olmaları, teknik amaçlarının aynı olması ve yönetiminde de birlik olması gerekir.

İşyeri eklentileri, yalnızca mal ve üretim yapılan yerler değil, bu üretim yerlerini kapsayan ve işçinin içinde bulunduğu yerler olarak bilinmelidir. İşyeri eklentileri, yasa da belirtilmiş ve bir takım eklentilerin en olduğu açıkça sayılmıştır. Bunların dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi yerler olduğu belirtilmiştir. Kanundaki bu sayma sınırlı değildir. Bu nedenle benzer nitelikteki garaj, otoparklar, yükleme ve boşaltma işlerinin yapıldığı yerlerde işyerinden sayılmalıdır. Eklentilerin mal ve

¹³ Taştan, a.g.e.

¹⁴ Yenisey, a.g.e. s:24

¹⁵ Süzek, a.g.e., s:162

hizmet üretimi yapılan yer içinde yer alması da gerekmez. Önemli olan eklentilerin, işin yapılması ile dolaylı da olsa ilgisinin bulunmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde her türlü sabit ve hareketli araçların işyerinden sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Aracın işyerinden sayılması için, işyerinin coğrafi sınırları içinde bulunmasına ve mülkiyetinin işverene ait olmasına gerek yoktur.

İşyeri gerekleri: İşyeri unsurlarından birinde veya sınırlarını teşkil eden bağlı yerler, eklentiler ve araçlar gibi işyerinden sayılan yerlerde, işyerini etkileyen objektif nedenlerden dolayı yapılan değişiklikler sonucu işçi veya işçilerin çalışmasını engelleyen bir olgu ortaya çıktığında, işyeri gereklerinden söz edilir.

D. İŞ

"İş" kavramı çok çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır.

Çalışan açısından iş, bir ücret karşılığı emeğin sunulmak ve mal ve hizmet üretmeye katkıda bulunmak sureti ile verilen iş görme ediminin yerine getirilmesi için yapılan çeşitli faaliyetlerdir.

Ekonomik açıdan bakıldığında iş, mal ve hizmet üretmektir. Mal ve hizmet üretimi ise, sosyal bir fayda amaçlanarak gerçekleştirilen ekonomik bir süreçtir.

İnsan kaynakları yönetiminde işin tanımlanması için, başarılması gereken görevler, davranışlar, işlevler ve sorumluluklardan oluşan bir içerik taşıması, başarıya ulaşmak için yetenek, deneyim gibi bazı nitelikleri gerektirmesi yanında getiri veya ödülleri bulunması gereklidir.

İşin gerekleri:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işin gerekleri nedeni ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir neden taşıması için, öncelikle iş analizi ve iş tanımları yapılmalıdır.

İş analizi, her şeyden önce yapılan iş dalında bilgi toplanması ve verilmesidir. İş görenlerin; işlevleri, kullandıkları yöntem ve teknikler, kullandıkları alet ve makineler, ürettikleri mal ve hizmetler ve işler için gerekli olan bilgi, yetenek ve nitelikler hakkında bilgi toplamaktır. Bu veriler, işin cinsini, harcanan zamanı, kullanılan iş araçlarını, malzemeleri, işin gerektirdiği yetenekleri, tecrübeleri, yetki ve sorumlulukları ve işin hangi koşullar altında yapıldığını kapsadığından, yapılan iş bu standartlar açısından bir analize tabi tutulmalıdır. İş analizleri, iş tanımları ve gerekleri hazırlanması için temel teşkil eder. İş analizleri ayrıca o işi yapanlar için açılacak hizmet içi eğitim programlarında işin gerektirdiği niteliklerin geliştirilmesine de yardımcı olur. Bu yönü ile iş analizi aynı zamanda işçinin performansı ve verimliliğinin artırılmasına da rol oynamaktadır.

İş tanımları ise, iş analizi tamamlandıktan sonra toplanan verilerin sistematik hale getirilmesi sonucu, her işin kapsamına giren eylem ve işlemler, sorumluluk ve ödevler ile çalışma koşullarının özet bir şekilde ifade edilmesidir.

İşyerinde, iş analizi ve tanımlanmaları sonucu, bir nevi yeniden yapılanma ile istihdam fazlalığı meydana geldiğinde, **işin gereklerinden** söz edilecektir. Bir başka anlatımla **işin gerekleri nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden kabul edilmesi için işverenin iş analizi ve iş tanımlarını yapmış olması gerekir**. Bu kapsamda, işverenin işin gerekleri nedeni ile istihdam fazlası işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli neden teşkil edecektir.

E. İŞLETMESEL KARAR:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından sözedilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, girişim özgürlüğü kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili her türlü ve işin düzenlenmesi konusunda işverenin aldığı kararlar, işletmesel karardır¹⁶. İşletme düzeyinde olmayan işyerlerinde, işverenin aldığı kararlarda bu kavram içinde yer almaktadır. İşletme, işyeri ve iş gereklerine dayanan her feshin temelinde bir işletmesel karar yatmaktadır.¹⁷ İşçinin iş sözleşmesinin feshi de işletmesel karar kapsamındadır.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir¹⁸.

İşverenin işletmesindeki veya işyerindeki mevcut işçi sayısını artırmak yönünde vermiş olduğu kararın yargısal denetime tabi tutulması sözkonusu değilken, mevcut işçi sayısını azaltmak yolundaki kararı geniş anlamda bir işletmesel karar olmakla birlikte, mahkemeler için bağlayıcı olmayıp, işverenin işgücünde azaltmayı gerektiren nedenleri mahkemeye sunması şartı ile kabul edilmektedir. Böylece feshine karşı koruma hukuku işletmesel karar verme özgürlüğünü sınırlamaktadır¹⁹.

İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır²⁰. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

¹⁶ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İŞ GÜVENCESİ HUKUKU, LEGAL, İSTANBUL, 2007, s: 232

¹⁷ Birben, E, a.g.e., s: 139

¹⁸ *von Finckenstein, B.*, sh.130. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak.. a.g.e., s: 257

¹⁹ Birben, a.g.e., s:143

²⁰ Birben, a.g.e., s:142

İşletme ve işyeri dışından kaynaklanan nedenler, işverenin bir etki ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ve işyerinde üretime etki eden, talep ve siparişlerde düşme, sürüm ve satış olanaklarının azalması, hammadde darlığı, ekonomik kriz ve durgunluk gibi nedenlerdir. Bu nedenler, bir iş yokluğu veya azalması yarattığı ve bu nedenle iş gücü fazlalığı meydana geldiği takdirde, geçerli neden olarak kabul edilecektir²¹.

İşletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenler ise, doğrudan işverenin aldığı işletmesel karar sonucu, işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişimlerdir. Bu yapısal ve teknolojik değişiklikler sonucu alınan karar ile iş gücü fazlalığı meydana geliyor ise, yine bu nedenlerin geçerli neden kabul edileceğinden şüphe yoktur. Yeni çalışma yönetmelerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, bölüm kapatılması, yeni teknoloji uygulanması, bazı iş türlerinin kaldırılması, yeniden yapılanma ve organizasyonda değişiklik gibi nedenler işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerdir. Elbette ki, işverenin işyeri dışından kaynaklanan nedenlerle yeniden yapılanmaya gitmesi de sözkonusu olabilir. Bu durumda işverenin aldığı yeniden yapılanma kararı ikinci bir işletmesel karardır²². Burada dış etkenler, bu neden dışında işyeri içinden kaynaklanan bir yapılanma kararı almasına neden olmuştur.

İşletmesel kararın ölçüsünü ve amacını, işletme yararı belirler. İşletme yararı ise, işletmeyi ve işyerini oluşturan tüm unsurların ortak yararidir. Dolayısı ile işletmesel karar sadece işverenin ve ortaklarının menfaati yanında, işçilerin de menfaatini gözetmelidir. Kısaca bu karar salt kar amaçlı olmamalı, işletmenin ve işyerinin tüm unsurlarını koruyan meşru bir karar olmalıdır²³. Fransız hukukunda egemen olan bu düşünce, bizim hukukumuzda amaçsal ve yerindelik denetiminin yapılamaması nedeni ile kabul görmemektedir. Ashında yasanın işletme, işyeri ve iş gerekleri ile fesih tanımlamasında, gerekleri kavramının işletme yararını içerdiği, dolayısı ile alınacak kararın işçilerin menfaatini de koruması gerektiği düşüncesindeyim.

Gerçekleşen işletme ve işyerinden kaynaklanan nedenleri tek başına fesih için yeterli değildir. İlk aşamada işverenin, bu nedenlerden dolayı bir işletmesel karar alması ve uygulaması gerekir. İşletmesel karar, feshle ilişkin yargısal denetimin temelini oluşturur²⁴. Bir başka anlatımla işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir.

İşletmesel kararlar iki türdür.

²¹ Engin, a.g.e., s: 36.

²² Engin, a.g.e., s: 36, Alp, M. Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri 2002 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2002.

²³ Engin, a.g.e., s: 53,

²⁴ Engin, a.g.e. s: 47,

1. Kurucu işveren kararı: İşveren, henüz gerçekleşmeyen ancak muhtemel riskleri dikkate alarak geleceğe yönelik planlamalar yapabilir ve ekonomik durumun güvenilir olmaması nedeni ile bir takım tedbirler düşünebilir. Özellikle işletme ve işyeri verimliliğine yönelik bir takım kararlar alabilir. İşte bu tür işveren kararları kurucu işveren kararı olarak adlandırılmaktadır²⁵. İşverenin bu tür kararında, aslında iş gücü fazlalığını doğuran, kısaca ifayı engelleyen bir neden yoktur. İşvereni işletmesel karar almaya sevkeden olgu, rekabet gerekleri ve verimliliğin artırılmasıdır.

Kurucu işverenin kararı anayasal temelini, Anayasa'nın, 48. maddesindeki girişim özgürlüğü ve sözleşme serbestisinden almaktadır.

2. Bağlı İşveren Kararı: İşverenin istek ve kusuru olmaksızın ortaya çıkan ve istihdam edilen işçilerin iş sözleşmelerinin feshine neden olan, bu şekilde işçilerin iş görme borcunda ifayı engelleyen olgular ekonomik ve işletmesel niteliktedir. Bu şekilde iş sözleşmesi ilişkisinde ifa ve ifayı engelleyen nedenlere dayalı işverenin aldığı işletmesel kararlar bağlı işveren kararı olarak kabul edilmektedir²⁶. İfa ve ifayı kabulü engelleyen nedenler zorlayıcı nedenler olabileceği gibi, umulmayan haller içinde de toplanmaktadır. Borçlar Hukuku kapsamında ifa imkansızlığı yaratarak borcu sona erdiren nedenler, işletme, işyeri ve iş gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. Bu olgulardan dolayı işverenin işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesine karar vermesi, bağlı işveren kararı olacaktır. Bunun yanında, işletme içi ekonomik kriz, işverenin hatalı tutumları nedeni ile meydana gelen ve işletme riski doğuran nedenlerden dolayı alınacak kararlar da, bağlı işveren kararıdır.

İş sözleşmesi ilişkisinde ifayı kabul engeline tepki niteliğindeki işletmesel tedbir, feshe yönelik irade beyanının kurucu unsurudur. İrade beyanı yanında kurucu bir unsurun şart koşulduğu hukuksal işlemlerde, kurucu unsur bulunmadan yapılan irade beyanı sonuç doğurmaz²⁷. İş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olan işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri, feshe yönelik irade beyanının kurucu unsurudur ve geçerli neden olmadan yapılan fesih, hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

III. YARGISAL DENETİM:

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshinde, işveren kararının yargısal denetimi ve bu denetimin sınırları önem arz etmektedir.

Yargısal denetim, kendisini en çok idare hukuku alanında, idarenin işlem ve eylemlerinde göstermektedir. Nitekim 1982 Anayasa'sında, "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme

²⁵ Engin, a.g.e. s: 48,

²⁶ Engin, a.g.e. s: 39.

²⁷ EREN, F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1. 6. Bası. S: 116 İstanbul 1998, Engin, a.g.e. s: 47

görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği" kuralına yer verilmiştir. Yargısal denetimin sınırlarının Anayasa'da yer alması, Anayasa koyucunun gösterdiği tepkinin ifadesi olmakla birlikte; öngörülen sınırlar yargısal denetimin doğal sınırlarıdır. İdarenin yargısal denetimi, hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. İdari yargı hakimi, her uyumsuzluğun niteliğini değerlendirip, yargılama tekniklerini kullanarak, hukuka uygunluk denetimi yapmakta; yerindelik alanına girmemektedir²⁸.

İş Hukukunda iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girdiği 15.03.2003²⁹ tarihinden bu yana işverenin iş sözleşmesinin feshine ilişkin işletmesel kararları da, geçersizlik anlamında yargısal denetime tabi tutulmuştur.

İşverenin işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili bir takım işletmesel kararlar alması, Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğinde, işverenin yönetim hakkı kapsamında her türlü işletmesel karar alabileceği ve bu kararların özellikle yerindelik ve amaçsal olarak yargı denetimine tabi tutulamayacağı düşünülebilir. Ancak Anayasa'nın 49. maddesinde de, çalışma herkesin hakkı ve ödevi denildikten sonra, devletin "çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri" almak zorunda olduğu belirtilmektedir. Bunun yanında, Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." düzenlenmesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi işverenin Anayasa'nın 48. maddesinden kaynaklanan girişim özgürlüğü temel hakkının sınırları, çalışanlar açısından 49 ve 13. maddeler ile belirlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümleri, Anayasa'nın 49. maddesine uygun düzenlemelerdir. Hukuk düzeni işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü, işçiyi korumak için bir noktada sınırlamakta, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden aramaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinde, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedeni ile iş sözleşmesinin feshinde yargısal denetimin normatif hükümleri, belirtilen Anayasa'nın 48,49 ve 13. maddeleri ile yasanın kendi içindeki hükümleri belirleyecektir. Başka bir anlatımla işverenin feshine ilişkin işletmesel kararı, anılan maddeler kapsamına yargısal denetime tabi tutulacaktır.

²⁸ ÜNLÜÇAY, M. İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü- "Türk Hukukunda 80 Yıllık Gelişme Sempozyumu"nda bildiri <http://www.danistay.gov.tr>

²⁹ 4473 sayılı yasa.

İşletmesel kararın denetlenip denetlenemeyeceği, denetlenebilir olduğu kabul edildiğinde bunun ölçüsü işletme gereklerine dayanan fesihler bakımından feshe karşı korumanın özünü teşkil etmektedir³⁰. Yargısal denetim, bir işletmesel karar alınıp alınmadığı, bu işletmesel kararın dayanağı olan işyeri içi veya işyeri dışı olguların gerçekten mevcut olup olmadığı, bu işletmesel kararın gerçekten işletmede veya işyerinde hayata geçirilip geçirilmediği ve işletmesel karar ile çalışma yerlerinin ortadan kalkması arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunup bulunmadığı yönünde yapılmalıdır³¹.

A. YERİNDELİK DENETİMİ:

Kural olarak ve Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca işveren, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili yönetim hakkı ve girişim özgürlüğü kapsamında her türlü karar alabilir. İşte bu olgu işverenin işletmesel kararının yerindelik ve amaçsal denetiminin yapılamayacağı sonucunu doğurur. İşverenin takdir alanına giren işletmesel kararlar ilgili işlemin denetimi yerindelik denetimi olur.

İşletmesel karar içeriği ve amacı yönünden denetim dışı olduğundan işverenin verdiği kararın ve bu karar nedeni ile aldığı işten çıkarma önleminin anlamlı, rantabl ve ekonomik yönden akılcı olup olmadığı incelenmemelidir³². Anlamsız ve mantıksız olsa da, işveren aldığı önlemi uygulamakta serbest olmalıdır. Yargı kararı işverenin işletmesel kararının yerine geçmemelidir.

İş sözleşmesinin işletme gereklerine dayalı olarak feshinde, feshin işletmesel bir karara dayanmış olması zorunludur. İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; yerindelik denetimine tabi tutulamaz³³.

İşveren tarafından işletme ilgili olarak belirlenen amaç ve hedefleri değiştirmeye yetkili görmek ve işletme politikasını işveren yerine mahkemelerin belirlemesine ve yönetmesine müsaade etmek, anayasa ile teminat altına alınan girişim özgürlüğüne gayri meşru bir müdahale teşkil eder. Ekonomik kararlarının başarılı ya da başarısızlıkla neticelenmesinin rizikosunu sadece işveren taşır. Dolayısıyla, karar alma yetkisi ile kararının yerindeliliğinin sonuçları ve sorumluluğu tamamen işvereni ilgilendirir³⁴.

İç hukukumuzda İdari yargıda yerindelik denetimi yapılamayacağı, hukuka uygunluk denetimi yapılacağı kural olarak benimsenmiştir. Anayasa Yargısında ise yerindelik denetimi konusunda farklı kararlar verilmiştir. Özellikle karşı görüşlerde, yerindelik denetimi yapılmayacağı belirtilirken³⁵, bazı kararlarında yerindelik

³⁰ Birben, a.g.e. s:144

³¹ Birben, a.g.e., s:152

³² Engin, a.g.e., 63

³³ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e. s: 232

³⁴ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 278

³⁵ Anayasa Mahkemesi, 05.01.2006, 2005/55 E, 2006/4 K, R.G. 20.11.2007 S: 26706.

denetimi yapılacağı yönünde görüş bildirilmiş³⁶ ve açıkça **yerindelik denetimi** yapılamayacağına ilişkin Anayasa'da da bir kural bulunmadığı, bu nedenle bu denetimi yapabileceğine karar verilmiştir³⁷.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de iş sözleşmesinin işletmesel kararlarla feshinde kural olarak yerindelik denetimi yapılamayacağını kabul etmiştir³⁸. Anılan kararda, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeni ile fesihte işverenin işletmesel kararının denetim sınırı ve hangi denetimlerin yapılacağı açıklanmış ve karşılaştırılmalı hukuk yönünden de irdelenmiştir. Bu kararda açıkça, işletmesel kararın amacının yargı denetimi dışında olduğu, kısaca yerindelik denetimi yapıl-

³⁶ Anayasa Mahkemesi, 28.12.1998, 1998/16 E, 1998/88 K, R.G. 09.07.1999 S: 23750.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 26.03.1997, 1997/33 E, 1997/39 K, R.G. 30.04.1997 S: 22975

³⁸ Yar. 9. HD. 24.09.2007. 2007/28108E, 2007/27809 “ İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, Gübre üretimi yapılan işyerinde özelleştirmeden sonra hammadde olan amonyağın elde edildiği doğal gaz fiyatlarının aşırı yükselmesi, ithal edilen gübrenin daha ucuz olmasından dolayı iç ve dış piyasalarda rekabet gücünde meydana gelen zorlayıcı ve olumsuz etki gibi ekonomik ve yapısal gerekler sonucu Ocak 2006 tarihinden başlayarak gübre üretiminin durdurulduğunu, kompoze gübre bölümünün kapatıldığını, bu bölümde çalışanların iş ilişkilerine hemen son verilmediğini, ancak gelecek yönünden üretime geçme görülemediği için Yönetim kurulunca toplu işçi çıkarılmasına karar verildiğini, işçilere gübre üretimi durdurulduğu halde yıllık ücretli izinlerin hak edilen sürelerden fazla kullanıldığını, zorunluluk haline rağmen ücretsiz izin verilmediğini, halen gübre yapılan bir bölüm olmadığını, başka yerde iş verme olanağı olmadığını, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerinden kaynaklandığını, fesihte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesine uygun hareket edildiğini, nedenlerin açıklandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin hammadde olan doğal gaz fiyatlarındaki artış nedeni ile maliyetin yükselmesi sonucu olası zararı önlemek amacı ile üretimi durdurduğu, az maliyet gerektirmesi nedeni ile yurt dışından ithalatı ile gübre alındığı ve torbalanıp satışa sunulduğu, işverenin işletmenin en karlı durumu yönünde aldığı işletmesel karara yargı yolu ile müdahale edilmesinin mümkün olmadığı, üretimin durdurulması nedeni ile işçilerin üretime bağlı başka bir bölüm olmadığından çalıştırılma olanağı bulunmadığı, işverenin üretimi durdurup, gübre ve amonyak ithalatına yöneldiği, üretimin bırakılması nedeni ile üretimde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde feshe son çare olarak bakılmayacağı, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işyerinin 2004 yılında özelleştirme kapsamında devralındığı, işyerinde davalı işverenin azotlu gübrenin hammaddesini amonyak üretiminin doğal gaz fiyatlarında yükselme nedeni ile 2006 yılı başlarında, bu üretimin durdurulduğu, işverenin bu tarihten sonra işçilere yıllık ücretli izin kullanıldığını 2006 yılı ortalarında doğal gaz fiyatlarında bire ara düşme nedeni ile kısa bir süre tekrar üretim yapıldığı, ancak amonyak hammaddesinin ithalının daha ucuz olması nedeni ile, davalı şirket Yönetim Kurulu'nun aldığı karar ile amonyak hammaddesinin ithal yolu ile sağlanmasını ve buna yönelik

amayacağı, ancak işletmesel kararın hukuka uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerindelik denetimi konusundaki içtihadını, aslında kurucu işveren kararı yönünden dikkate almak gerekir. Bağlı işveren kararında işveren, iş görme edimini ve dolayısı ile iş ilişkisinde ifayı engelleyen nedenleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca ispat etmek zorunda olduğundan, işverenin bu yöndeki kararının bu anlamda yerindelik denetimine tabi olacağı kuşkusuzdur. Zira işveren bu tür bir işlemde neden bu işletmesel kararı aldığını açıklamış ve belirtmiştir. İş sözleşmesinin feshiyle sonuçlanan bağlı işveren kararında, işverenin ifayı engelleyen ve iş sözleşmesinin feshine yol açan

işyerinde amonyak üretiminin durdurulmasına ve üretim yapılan bölümün kapatılmasına karar verildiği, bu kapsamda çoğunluğu üretime yönelik bölümler yanında işletmenin diğer bölümlerinde çalışan işçilerin çıkarılmasına karar verildiği, 217 işçinin topluca çıkarılacağına 13.11.2006 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca kurumlara bildirildiği ve iş sözleşmelerinin 22.12.2006 tarihinde feshedildiği, fesih öncesi işyerinde kapsam içi 149, kapsam dışı 55 ve 96 alt işveren işçisi olmak üzere 300 işçi çalıştığı, fesih sonrası ise, kapsam içi 17, kapsam dışı 46 ve kadroya geçirilen alt işveren işçisi 24 kişi olmak üzere toplam 87 işçi çalıştığı, özellikle üretime yönelik bölümlerde üretim durdurulduğu ve kapatıldığı savunulmasına rağmen az da olsa halen işçi çalıştığı, özelleştirmeden sonra davalı işverenin çeşitli bölümlerde alt işveren uygulamasına geçtiği, ancak yargısal kararlarla bu uygulamaların muvazaaya dayanması nedeni ile alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren davalı işveren işçisi sayıldığı, ekonomik açıdan işverenin bir zararının bulunmadığı, aksine doğal gaz fiyatlarına gelen yükselişleri gübre fiyatlarına yansıttığı, olası zarar için amonyak üretiminin durdurulduğu, işverenin işyeri yanında kompoze gübre üretimi için fabrika inşaatına başladığı, ancak, ne zaman biteceğinin ve faaliyete geçeceğinin belirlenmediği, hükme esas bilirkişi raporunda bu tespitler yanında, maliyetler ve fiyatlardaki dalgalanmalardaki riskin bir kısmını işverenin işçiler lehine üstlenmesinin sosyal sorumluluğu olduğu, işverenin fedakarlık yapması gerektiği, kompoze üretimin doğal gaz fiyatlarından etkilenmediği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirlenmiştir.

Davalı işverenin doğal gaz fiyatlarındaki artış nedeni ile amonyak üretimini durdurması, bu maddeyi ithal yolu temin etme yoluna gitmesi, bu kapsamda toplu işçi çıkarması işletmesel kararı, gerçekleşmemiş, ancak olası riskler dikkate alınarak geleceğe ve bir nevi verimliliğe yönelik bir işverenin kararıdır. Bu işletmesel karar, kurucu bir işveren kararı olarak doktrin ve Alman Hukukunda adlandırılmaktadır.(M.Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, Beta Yayınları. İstanbul 2003. S:48). Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur.

İşletmesel kararın amacı, yargı denetimi dışındadır. Başka bir anlatımla amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapılamaz. Ancak işveren yeniden yapılanma tedbirini ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını, tutarlılık denetimi kapsamında ispatlamalıdır. Bunun dışında işletmesel karar; ispat yükü işçiye olmak üzere, işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir şekilde fesihle bulunduğu, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir.

olguları, fiilen mevcut olduğunu ispat etmesi gerekir³⁹. Oysa kurucu işveren kararında, ortada herhangi bir neden yoktur. İşveren verimlilik açısından bir karar almakta ve uygulamaktadır. Burada işverenin takdir nedeninin tartışılmasına ve kanıtlanmasına gerek yoktur.

Karşılaştırmalı hukuk açısından yerindelik denetimi incelendiğinden özellikle iş güvencesi alanında farklı yaklaşımlar çıkmaktadır. **Fransız Hukukunda**, ekonomik nedenlerle fesih halleri açıkça yasada yazıldığı gibi, feshe ilişkin işverence alınan **işletmesel kararın gerçek ve ciddi olup olmadığı** sorgulanmakta,

Yargı denetimi sırasında işveren işletmesel kararın amacını açıklayarak feshin neden gerekli olduğunu ispatlamak zorunda olacağı için işçi tarafından kötüniyet olarak ileri sürülen olgular çoğu kez tutarlılık denetiminin konusu olacaktır.

Ölçülülük denetimi de işletmesel kararın amacı ve bu amacın gerçekten gerekli olup olmadığı yargı denetimi dışında kaldığı için, feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. Gereklilik denetimi de, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığına indirgenmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, işverenin fesih nedeni olarak gösterdiği gübre hammaddesi amonyağın üretimi yerine ithaline dair aldığı işletmesel karar, işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde aldığı bir kurucu karar olduğundan, bu kararın amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi tutularak, doğal gaz fiyatlarında artış yanında, satılan üründe de fiyat artışı olduğu, davalı şirketin gerçekleşen zararının bulunmadığı, fiyatta ve maliyetteki dalgalanmalar nedeni ile tekrar üretime geçiş imkanı olduğu gerekçesi ile ve işverenin amonyak üretimi yapma ve bu kapsamda işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilmesi doğru değildir. Davalı işveren amonyak üretim bölümünü gerçekten kapatmışsa, bu bölümde çalışan işçilerinde çalışma olanağı ortadan kalkmıştır. Yerel mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesi yerindedir.

Ancak işverenin aldığı bu işletmesel karar, yukarıda sıralandığı gibi, öncelikle tutarlılık; bu hakkını kötüye kullandığı iddia edildiğinden, keyfilik; daha sonrada feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimlerine tabi tutulmalıdır. Mahkemece bu yönde bir denetim yapılmadığı gibi, alınan ancak mahkemece itibar edilmeyen bilirkişi raporu da eksik ve yetersiz kalmıştır. Özellikle işverenin aldığı bu kararın kalıcı ve sürekli olup olmadığı, gerçekten uygulanıp uygulanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin başka bölümlerde değerlendirme olanağı olup olmadığı, yeni yapılan ve inşaat halindeki kompoze gübre fabrikasının bu işletmesel kararın kalıcılığını etkileyip etkilemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. İşveren aldığı bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını kanıtlamalıdır.

İşletmesel karar tutarlı bir şekilde uygulanmıyorsa, fesih geçersiz kabul edilmelidir. Bu nedenle, kayıtlar getirtilmeli, tarafların delilleri toplanmalı ve işletmesel karar açıklanan ilkeler kapsamında denetlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar.

KARŞI OY: Davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından, gübre hammaddesi olan amonyağın elde edildiği doğal gaz fiyatlarının aşırı yükselmesi, ithal edilen gübrenin daha

bir nevi yerindelik denetimi yapılmaktadır⁴⁰. Ekonomik güçlükler nedeni ile yapılan fesih, öncelikle ekonomik güçlüğü gerçek olup olmadığı incelenmekte, daha sonra bu ekonomik güçlüğü ciddi olup olmadığı denetlenmektedir. Böylece işçinin çalışma olanağının ortadan kalkıp kalkmadığından çok, objektif ekonomik nedenlerin feshi geçerli kılıp kılmadığı araştırılmaktadır. Bunun dışında verimliliğe yönelik fesihle ilgili işverenin işletmesel kararında ise, işletme yararı olup olmadığı, gerçekten gerekli olup olmadığı, işletme yararı ve rekabet yeteneğinin korunması ilkeleri yönünden denetlenmektedir.

ucuz olmasından dolayı iç ve dış piyasalarda rekabet gücünde meydana gelen zorlayıcı ve olumsuz etki gibi ekonomik ve yapısal gerekler gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Mahkemece, işverenin üretimi durdurup, gübre ve amonyak ithalatına yöneldiği, üretimin bırakılması nedeni ile üretimde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde feshe son çare olarak bakılmayacağı, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkemenin bu kararı, Daire çoğunluğu tarafından, “işverenin fesih nedeni olarak gösterdiği gübre hammadde amonyağın üretimi yerine ithaline dair aldığı işletmesel kararın, işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde aldığı bir kurucu karar olduğu, bu kararın amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı, doğal gaz fiyatlarında artış yanında, satılan üründe de fiyat artışı olduğu, davalı şirketin gerçekleşen zararının bulunmadığı, fiyatta ve maliyetteki dalgalanmalar nedeni ile tekrar üretime geçiş imkanı olduğu gerekçesi ile ve işverenin amonyak üretimi yapma ve bu kapsamda işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilemeyeceği, ancak tutarlılık, keyfilik ve feshin son çare olması yönünden ölçülülük denetimine tabi olduğu, bu yönlerde denetim yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi için” araştırmaya yönelik bozulmasına karar verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, hammadde olan amonyağın elde edildiği doğal gazın fiyatlarındaki artış nedeni ve gübre ithalinin ekonomik olması nedeni ile üretim bölümlerini kapatması ve bu kapsamda burada çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi, işletmeye ilişkin karardır. İşverenin girişim özgürlüğü nedeni ile bu tür işletme kararı alması hukuka aykırı değildir. Ancak davalı işveren bu kararı alırken ve işçilerin toplu olarak iş sözleşmelerini feshederken, iç ve dış piyasalarda rekabet gücünde meydana gelen zorlayıcı ve olumsuz etki gibi ekonomik ve yapısal gerekleri de belirtmiştir. Belirtilen bu neden, işverenin işletmesel kararını kurucu işveren kararı olmaktan çıkarıp, bağlı işveren kararı haline getirmiştir (Bkz. Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul-2003, s.39). Bağlı işveren kararında ifayı engelleyen durum ispatlanmalıdır. Başka bir anlatımla iç ve dış piyasalarda rekabet gücünde meydana gelen zorlayıcı ve olumsuz etki gibi ekonomik ve yapısal gerekler kanıtlanmalıdır. Davalı işveren, fesih bildiriminde zorlayıcı ve olumsuz ekonomik ve yapısal gereklerden söz ettiğine göre, bu nedenleri ispatlamalıdır. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca, feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispat yükü işverene aittir. Somut uyuşmazlıkta işyerinde yapılan keşif sonrası, işyeri kayıtlarını inceleyen bilirkişi heyeti, “işverenin bir zararının bulunmadığını, aksine doğal gaz fiyatları yükselişlerini gübre fiyatlarına yansıtıldığını, olası zarar için amonyak üretiminin durdurulduğunu, fiyatlar düşüncü üretime devam ettiğini işverenin işyeri yanında kompoze gübre üretimi için fabrika inşaatına başladığını tespit

Alman Hukukunda ise, işletmesel karar, amaca uygunluk ve yerindelik yönünden yargı denetimi dışında tutulmakla birlikte, **nesnel ve akla uygun olmayan, keyfi ve hakkın kötüye kullanımı oluşturan**, işletme gereklerine dayalı fesihlerde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir⁴¹. Alman Hukukunda işletmesel karar ölçülülük ilkesine uygun yargı kararı ile sınırlandırılmaktadır. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda fesih nedeni kaçınılmayan işyeri gerekleri olarak tanımlanmakta, buna karşılık işletme gereğinden sözedilmemektedir⁴². Kaçınılmazlık işletmesel kararın ekonomik boyutu yönünden aranmamakta, teknik yönden işçinin çalışmaya devam olanağının kalıp kalmadığı konusuna

etmişlerdir. Uzman bilirkişilerin keşif sonucu düzenledikleri raporda işverenin belirttiği zorlayıcı ve olumsuz ekonomik ve yapısal gereklerin bulunmadığını, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayanmadığını belirtmişlerdir. Mahkemece bilgisine başvuru olan bilirkişi raporu esas alınarak feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

Öte yandan çoğunluğun kabul ettiği görüşü gibi, işverenin feshine ilişkin işletmesel kararının bir an için kurucu karar olduğu kabul edilse de, işverenin girişim özgürlüğünün sınırı uluslararası hukuk ve öğretide tartışmalıdır. Fransız hukukunda alınan işletmesel kararın gerçek ve ciddi olup olmadığı yargı denetimine tabi tutulmakta, bir nevi uygunluk ve yerindelik denetimi yapılmaktadır. Alman Hukukunda ise, işletmesel karar, amaca uygunluk ve yerindelik yönünden yargı denetimi dışında tutulmakla birlikte, nesnel ve akla uygun olmayan, keyfi ve hakkın kötüye kullanımı oluşturan, işletme gereklerine dayalı fesihler işe iade nedeni kabul edilmektedir(Engin, s.52). Görüldüğü gibi Alman Hukukunda hukuki bir ölçüt olmamasına rağmen, nesnel ve akla uygun olmayan işletmesel kararlar yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Somut uyumsuzlukta, davalı işverenin zararının olmaması, doğal gaza gelen fiyat artışını satışlara yansıtması, kompoze gübre üretimi için yeni fabrika inşaatına başlaması, gerçek işletmesel karar bulunmadığını, bu kararın nesnel ve akla uygun olmadığına göstergesidir.

Ayrıca davalı işveren özellikle özelleştirme sonrası, daha ekonomik olması nedeni ile alt işveren uygulamasına geçmiş, bu nedenle asıl kadrolu ve kapsam içi sendikalı işçilerin iş sözleşmelerini feshetmiş, bu uygulamasının yargı kararları ile muvazaalı kabul edilmesi üzerine, bu kez feshine konu işletmesel kararı almış, fesihten önce uygulamış, ancak bir ara doğal gaz fiyatlarının azalması üzerine tekrar üretime geçmiş, daha sonra tekrar üretimi durdurmuştur. Fesihten sonra üretim bölümlerinin kapatıldığı belirtilmesine rağmen, halen işçi bulunduğu da tespit edilmiştir. Fesih öncesi kapsam içi 159 işçi çalışırken, fesih sonrası bu sayı 17 kişiye düşmüştür. Kapsam dışı personelin fesih öncesi 55 kişi iken, fesih sonrası 46 kişi olması da düşündürücüdür. Zira üretim olmasa bile ithal edilen gübrenin diğer bölümlerde hazırlanarak satışa sunulması aşamalarında kapsam içinden çok kapsam dışı personelin çalıştırılmış olması dikkate değerdir. Fesih sonrası 24 alt işveren işçisi ise asıl kadroya geçirilmiştir. Somut bu maddi olgulara ve olayların gelişimine göre üretim bölümünde kapatmanın kalıcı ve sürekli olmadığı, işverenin tutarlı davranmadığı, özellikle yüksek ücret alan işçileri aşamalı olarak çıkartarak yerine daha düşük ücretle çalışan alt işveren işçilerini alarak keyfi davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin işletmesel kararı tutarlılık ve keyfilik denetimine tabi tutulduğunda, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Daire çoğunluk görüşüne karşın dosyadaki delilleri yeterli bulduğundan araştırılma yapılması için kararın bozulmasına gerek bulunmadığı

indirgenmektedir. İşverenin aldığı işletmesel karar ile işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması arasında nedensellik ilişkisi bulunup bulunmadığı denetlenmektedir.

İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır⁴³.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır⁴⁴.

B. TUTARLILIK DENETİMİ:

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. Feshe ilişkin işletmesel karar mantıksız olduğu halde, tutarlı bir şekilde uygulanıyor ise yapılan fesih geçerli kabul edilmelidir⁴⁵. Bu şekilde ki denetim, tutarlılık denetimidir. Tutarlılık denetiminde, işletmesel kararın kalıcı ve sürekli olması yanında, işyerinde gerçekten uygulanması aranır⁴⁶.

Alınan feshe ilişkin işletmesel karar, tutarlı şekilde uygulanmıyor ve çelişen uygulamalar yapılıyor ise, örneğin fesihten önce ve sonra özellikle çıkarılan işçi vasfında yeni işçi alınıyorsa, tutarlılık denetimi kapsamında, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilecektir⁴⁷.

kanısındaım.

Yerel mahkemenin davanın reddine dair kararı, yukarda açıklanan nedenlerle yerinde olmadığından ve bu kararın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3 maddesi uyarınca bozularak ortadan kaldırılması, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerektiğinden, çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

³⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 278

⁴⁰ Engin, a.g.e., 52

⁴¹ Engin, a.g.e., 61, Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 232

⁴² Engin, a.g.e., 62

⁴³ Birben, a.g.e., s:153

⁴⁴ Engin, a.g.e., 64

⁴⁵ Engin, a.g.e., 64

⁴⁶ Engin, a.g.e., 64

⁴⁷ Yargıtay. 9. HD.08.10.2007, 2007/11913–29307 “Davacının iş sözleşmesi, davalı işverenin kamu borçları, bazı işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılması ve ortaya çıkan personel fazlalığı yanında hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle feshedilmiştir. Davalı işveren, iş sözleşmesinin feshinde toplu iş sözleşmesinin 32. maddesinde belirtilen tenkiset kuralına uyulduğunu da ayrıca belirtmiştir. Fesih nedenine ilişkin bir takım belgeler dosyaya sunulmuş ise de, davacının iddiası ve davalı işverenin savunması işyerinde uzman bilirkişi aracılığı ile keşif yapılmasını gerektirmektedir. Mahkemece dosya

Tutarlılık denetiminde ispat yükü işverene aittir.

Tutarlılık denetimi kapsamında, işverenin işletmesel kararlarla öngördüğü tedbirin fesih anında gerçekleştiği aranmalı, en azından işçinin kesin olarak çalışma olanağının ortadan kalkmış olduğunun belirlenmesi gerekir. İşveren tutarlılık denetimi kapsamında, gerçekten işçiye ihtiyacı kalmadığını kanıtlamalıdır. İşçinin çalışma olanağının ortadan kalkıp kalkmadığı incelenirken, tutarlılık denetimi ile birlikte feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde gereklilik denetimi de birlikte yerine getirilecektir⁴⁸.

C. KEYFİLİK DENETİMİ:

İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak mahkeme denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır. Bu da mahkeme kararlarında yer verilen keyfilik, hakkın kötüye kullanılması gibi kavramların işletmesel karar kavramı ile ilişkilendirilmesi sureti ile yapılabilir⁴⁹. Keyfilik denetimi, her hakkın doğal sınırını teşkil eden hakkın kötüye kullanılması yasağıdır⁵⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hakkını objektif iyiniyet kurallarına aykırı biçimde kullanması olarak tanımlanmaktadır⁵¹. İşletmesel karar verme özgürlüğü bakımından kötüye kullanma, esasen mümkün ve geçerli olan karar verme özgürlüğünün onaylanmayacak bir amaç için dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasıdır. Keyfilik ise, işletmesel kararın salt işveren iradesinden başka nesnel hiçbir esasa dayanmamasıdır⁵².

üzerinde sonuca gidilmesi hatalıdır. Ancak davalı işverenin aynı fesih nedenine dayanarak iş sözleşmesini feshettiği işçilerin açtığı emsal davalarda, işyerinde yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi heyet raporunda, personel giderlerinin fazla olduğunun tespiti yanında, davalı işverenin norm kadro çalışması yapmadığı, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde Toplu İş Sözleşmesinde düzenlenen tenkiset kuralına uymadığı, kısaca objektif kriterler getirmediği, ayrıca fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek yeni işçi aldığı anlaşılmıştır. Nitekim Dairemizin 2007/33 Esasında temyiz incelemesi yapılan emsal işçinin dava dosyasında bu nedenlerle feshin geçersizliğine yönelik yerel mahkeme kararı onanmıştır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı işveren işletmesel kararın uygulanmasında **tutarlı davranmamıştır**. Davalı işveren tarafından gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı sabittir."

⁴⁸ Engin, a.g.e., s: 79.

⁴⁹ Birben, E, a.g.e., s:153

⁵⁰ Engin, a.g.e, s: 65

⁵¹ Sarper Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s:85, Birben, a.g.e., s:153

⁵² Birben, E, a.g.e., s:154

İşletmesel önlemin amacını belirlemek hakkı işverene aittir; ancak işveren işletmesel bir tedbir için amaç gösteremiyorsa, söz konusu tedbir, keyfilik şüphesine maruz kalır⁵³. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işverende, bu kural gereğince keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. İşverenin feshe ilişkin işletmesel kararının bu madde kapsamına göre denetimi, keyfilik denetimidir.

Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır. Ancak çoğu kez, işveren işletmesel kararın amacını açıklayarak feshin neden gerekli olduğunu ispatlamak zorunda kalacağı için, işçi tarafından kötüniyet olarak ileri sürülen olgular çoğu kez tutarlılık denetiminin içinde incelenmiş olacaktır. Örneğin, işveren bir yandan işçi çıkartırken, diğer yandan düşük ücretle yeni işçileri alıyor ise, işletmesel kararın keyfi olduğu ileri sürülebileceği gibi, işverenin tutarlı davranmadığı da kabul edilebilecektir⁵⁴. Bir anlamda tutarlılık denetimi sırasında işverenin keyfi davranıp davranmadığı da incelenmiş olacaktır.

İşletmesel kararın açıkça keyfi olduğunun önceden bilinmesi veya belirtilmesi olanaklı olmadığından, her somut olayda bu iddianın olaya özgü incelenmesi ve bu doğrultuda değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. İşletmesel kararın hukukilik denetimi kapsamında yürürlükte olan emredici kuralların sınırları içerisinde kalınarak alınmış olması önemlidir.

D. GEREKLİLİK DENETİMİ:

Yerindelik denetimi bir anlamda, gereklilik denetimini de kapsamaktadır. Gerçekten feshe ilişkin işletmesel kararın gerekli olup olmadığının araştırılması, alınan kararın bir anlamda yerindeliliğini incelemektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerini kıyasen esas aldığımız, Alman Hukukunda yerindelik denetimi gibi, gereklilik denetiminin de yapılamayacağı kabul edilmiştir.

Ancak, ister kurucu, ister ise bağlı işveren kararı olsun, işveren işleme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. Gerekleri kavramı neden sonuç ilişkisini sorguladığından, alınan karar sonucu bir istihdam fazlalığı meydana gelmiyor ise, alınan fesih kararının geçerli nedene dayandığından sözedilemeyecektir. İşte bu yönde bir denetim, gereklilik denetimi olarak kabul edilebilir.

İşçinin çalışma olanağının ortadan kalkması demek, işletmesel karar sonucu işçinin o güne kadar yaptığı işin sürekliliğinin ve özdeşliğinin yitirilmesi demektir. İşin niteliğini ve özdeşliğini değiştirmek, işletmesel karar özgürlüğünün alanı içindedir⁵⁵. Örneğinin işyerinin bir bölümünün kapatılması halinde, kapatılan böl-

⁵³ *Preis, U.*, Prinzipler, sh.218. Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 186 vd.

⁵⁴ Engin, a.g.e, s: 65

⁵⁵ Engin, a.g.e., 77

ümün faaliyeti diğer bir bölümde veya diğer bir işyerinde devam etmiyor ise, işin sürekliliği sona ermektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de yukarıda 29. dipnotta geçen kararında, işletmesel kararın yerindelik denetimi gibi, kural olarak gereklilik denetimine tabi olmayacağını belirtmiş, ancak bu denetimin alınan kararın yasa ve sözleşmeye uygun olup olmadığı yönünden yapılacağını açıklamıştır. Nitekim özelleştirme işlemi ile işyerini devralan işverenin, devir sözleşmesi ile işyerini belirli bir süre ile çalıştırmayı kabul etmesine rağmen, bu süre dolmadan işyerini kapatmasını ve istihdam fazlası işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesini, gereklilik denetimi yönünden incelemiş ve feshin geçersizliğine karar vermiştir⁵⁶. Burada işyerinin kapatılmasını, devir sözleşmesindeki işyerini beş yıl süre ile çalışma yükümlülüğü nedeni ile sözleşmeye uygun bulmamış ve yapılan feshi geçersiz kabul etmiştir.

İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Aksine bir düşünce, işletmesel gereklilere dayalı feshin ölçülülük ilkesi kapsamında yapılacak olan denetimi, hiçbir anlam ifade etmeyecektir⁵⁷.

Gereklilik ilkesi, iş güvencesi hukuku açısından, işçiyi daha az olumsuz etkileyecek başka bir elverişli tedbirin mevcut olması halinde, iş sözleşmesinin feshinin gerekli olmadığı anlamına gelir. Bu ilkenin uygulanmasında, fesih dışında işverenin takip ettiği amaca ulaşılmasını sağlayacak başka bir alternatif önlemin bulunması ve söz konusu alternatif önlemin işçiyi feshe oranla daha az olumsuz yönde etkilemesi şarttır⁵⁸. Yapılan bu denetim, yukarıda açıklanan ve Yargıtay kar-

⁵⁶ Yar. 9. H.D. 26.11.2007. 2007/35430E, 2007/35193 K. “işverenin kapatma olgusunun temel nedenleri olan işletmenin zarar etmesi, teknolojinin günün koşullarına uymaması, verimliliğin yitirilmesi nedenlerini kanıtlayamadığı, özelleştirme ile alınan işyerinin 5 yıl kullanım hakkı bulunduğu, bu sürenin dolmadığı, kapatılan fabrikanın üretim araçlarının diğer işyerlerine nakledildiği, davalıya ait diğer işyerlerinde çalışma teklifinin davacıya yapılmadığı, davalı işverenin özelleştirme ihalesine katılıp, teklif verdiği andan itibaren, feshe gerekçe gösterdiği hususları bildiği, bu koşullara göre yatırım ve üretimi sürdürmeyi kabul ettiği, önceden bilinen ve öngörülen bu nedenin yeni ortaya çıkmış gibi, işçi çıkarma gerekçesi yapılmasının doğru olmadığı, fesihten sonra sendika yetkilileri ile görüşülerek sonuç elde edilmeye çalışıldığı, fesih kararından önce tedbirlerin ve çare aranmasının gerektiği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı,” gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığı ve feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayamadığı, **ayrıca gereklilik denetimi kapsamında işverenin özelleştirme sonucu hisse devir sözleşmesi hükümlerine uymadığı**, feshin geçerli nedene dayanmadığı,”

⁵⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 278

⁵⁸ *Hinze, P.*, sh.53. Naklen, Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 192

arında belirtilen şekildeki, gereklilik denetimi değildir. Bu denetim bir nevi ölçülülük ilkesinin alt ilkesi içinde yer alan gereklilik ilkesinin bir sonucudur.

E. ÖLÇÜLÜLÜK DENETİMİ:

İşletme, işyeri ve iş gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetiminin dayanağı ölçülülük ilkesidir. Fesih dışında başka bir aracın, izlenen amaca elverişli olup olmayacağına sadece işveren tarafından karar verilemez. Bu itibarla işletmesel karar ile bu kararın uygulanmasında başvurulacak araçların ölçülmesi yargısal denetime tabidir⁵⁹. Fesih ile aynı ölçüde amaca ulaşmaya elverişli olmak kaydı ile alternatif araçlara öncelikle başvurulmalı, fesih ancak başka hiçbir olasılık kalmadığında başvurulacak bir araç olmalıdır⁶⁰.

Alman hukukunda hakim öğretiyeye göre, ölçülülük ilkesi, temel hakların özünden ve hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır⁶¹. Ölçülülük ilkesi, normatif dayanağını yukarıda açıklandığı gibi, Anayasa'nın 13. maddesinden almaktadır. **Bu ilke**, ilk ve ağırlıklı olarak idare hukukunda uygulanmakta olan bir ilkedir⁶². Aynı ilke, Anayasa hukukunda, sınırlandırmada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder⁶³.

Türk hukukunda da kabul edildiği üzere, ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeye ayrılabilir⁶⁴. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleridir. Buna göre, ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak tedbir, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı⁶⁵ ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır⁶⁶. Uygun olmayan tedbir, aynı zamanda gerekli de olmayacaktır.

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

⁵⁹ Preis, NZA, 1995, s:243, Naklen, Birben, a.g.e., s:152

⁶⁰ Alp, a.g.e., s: 186

⁶¹ Alman Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki görüşü için bkz. BVerfGE, 2, sh.79; BVerfGE, 16, sh.201-202; BVerfGE, 17, sh.313-314; BVerfGE, 19, sh.348-349. Naklen, Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s:

⁶² Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s:186 vd.

⁶³ **Sağlam, F.:** Temel Hakların Sınırlaması ve Özü, Ankara 1982, sh.114. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s:188

⁶⁴ **Gözler, K.:** İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, sh.511 vd.; **Atay, E.:** İdare Hukuku, Ankara 2006, sh.79 vd.; **Oğurlu, Y.:** Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, sh.33 vd..

⁶⁵ Yukarıda açıklanan gereklilik denetiminin ölçülülük denetimi içinde incelenmesidir.

⁶⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188

Öncelikle önlem olarak düşünülen iş sözleşmesinin feshinin, fesihle takip edilen amaca uygun olması gerekir. İşletme gereklerine dayalı fesihle işverenin takip ettiği amaç, işletmenin mevcut personel sayısını, karlılık ve verimlilik adına işletmenin personel ihtiyacına uyumlaştırmaktır⁶⁷. Feshe oranla daha hafif olan bir önlem, işverenin takip ettiği amaca ulaşmasına fesih gibi elverişli ise, fesihle kaçınılması gerekir. İşveren, işletmenin karlılığını, ekonomik verimliliğini kısaca işletmesel karar sonucu hedeflediği bu durumu, işçi çıkarmadan da sağlayabiliyorsa, iş sözleşmesinin feshi yoluna başvurmamalıdır.

İşverenin fesih dışında hangi alternatif önlemlere başvurabileceğinin ve hangi araçların feshe alternatif olamayacağını öncelikle belirlenmesi gerekir. Bu önlemler fiilen ve hukuken gerçekleştirilmesi imkan dahilinde olmalıdır. İşveren açısından imkansız olan bir önlemin alınmamış olması nedeni ile feshin gereksiz ve dolayısı ile geçersiz olduğu ileri sürülemez⁶⁸.

Fesihle kaçınma yollarından biri, işçinin bölümünün, görevinin, işyerinin değiştirilmesidir. Bu değişiklik iş şartlarında esaslı değişiklik olabileceği gibi, esaslı değişiklik boyutuna ulaşmayan önlemlerde olabilir. Fesih dışında birçok önlem var ise, işveren yönetim hakkı kapsamında bunlardan birini kullanmalıdır. Ancak doktrinde, işverenin istisnaen, olası alternatif önlemler arasından sözleşme değişikliğine neden olmayacak önleme, değişiklik feshine oranla öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁹. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında bir çalışma yerinde çalıştırabileceksa değişiklik feshine başvurulamaz⁷⁰. Kanımca işveren objektif iyiniyet kuralı gereği, fesih dışındaki tedbirlerden iş şartlarında esaslı değişiklik yapmayan önleme başvurmalıdır. Kılıçoğlu/Şenocak'da aynı düşüncede olup, işverenin, işletmesel planını en başarılı bir şekilde nasıl gerçekleştirebileceği ve işçiyi, sahip olduğu mesleki özellik ve yeteneklerine göre iş sözleşmesi kapsamında en efektif bir şekilde nerede değerlendirebileceği hususunda serbestçe karar verebileceğini, ancak işçinin faaliyetinin ve çalışma yerinin değişmesiyle bağlı olarak işçi nezdinde ortaya çıkabilecek şahsi olumsuzlukları gözönüne almak zorunda olduğunu belirtmişlerdir⁷¹.

⁶⁷ *Holly, H.G.*, sh.153; *Hinze, P.*, sh.52; *Preis, U.*, Prinzipien, sh.312. Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 192

⁶⁸ Birben, E. a.g.e., s: 130

⁶⁹ *Hinze, P.*, sh.65. *Boewer, D.*: Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, sh.2621; *Gaul, B.*: Änderungskündigung zur Absenkung oder Flexibilisierung von Arbeitszeit und/oder Arbeitsentgelt, DB 1998, sh.1913 Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: ; Alp, a.g.e., s:187

⁷⁰ *Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, §1 KSchG Rdnr. 638, sh.419. *Ölçülülük ilkesi, değişiklik feshine de bakım olan bir ilkedir.* (BAG, 24.4.1997, AP §2 KSchG 1969, Nr. 42=NZA 1997, sh.1047; BAG, 26.1.1995, AP §2 KSchG 1969, Nr. 37=NZA 1995, sh. 628. Ayrıca bkz. *Preis, U.*, Prinzipien, sh.307). Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188

⁷¹ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s:203

1. Feshin son çare olması(Ultima-ratio) ilkesi:

4857 sayılı İş Kanunu'nun da feshin son çare olması ilkesi açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak yasanın gerekçesinde yer almış ve işverenden uygulamaya giderken, feshin son çare olarak bakması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle geçerli neden kavramına uygun yorum yapılırken, sürekli olarak fesihle kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır⁷².

Ölçülülük denetimi içinde, feshin son çare olması ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin mevcudiyeti halinde gözönünde bulundurulması gereken en önemli ilkedir⁷³. Bir başka anlatımla feshin son çare olmasına göre yapılacak denetim, geçerli neden denetiminin son aşamasıdır. İşçiden veya işletmeden kaynaklanan ve iş ilişkisini olumsuz etkileyen nedenler yoksa, feshin son çare olması denetimine hiç geçilmeyecektir⁷⁴. Feshin geçerli bir nedene dayandığının kabul edilebilmesi için, sadece işletme, işyeri ve işten kaynaklanan bir olgunun iş ilişkisini sürdürmeye engel olması yeterli değildir. Bunun ötesinde feshin zorunlu olduğu, başka bir anlatımla başka alternatif önlemlerle iş ilişkisini sürdürmenin olanaksız olduğu da kesinleşmiş olmalıdır⁷⁵.

İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır⁷⁶. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır. Önemle vurgulamak gerekirse, işverenin sırf, işçinin işyerinde başka bir çalışma yerinde çalıştırılma olanağının mümkün olup olmadığını araştırmaması feshin geçersizliğine etki etmez⁷⁷. Feshin

⁷² Süzek, a.g.e., s:450

⁷³ Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s:204

⁷⁴ Alp, a.g.e., s:186

⁷⁵ Alp, MUSTAFA, İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ VE KIDEM TAZMİNATI (Basılmamış Tebliğ), s:22

⁷⁶ *v. Hoyningen-Huene, G.*, NZA 1994, sh.1011. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.

⁷⁷ *von Hoyningen-Huene, G./Linck, R.*, §1 KSchG Rdnr. 395 sh.301; *ErfK/Ascheid*, §1 KSchG Rn. 416, sh.2163; *Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, Nr. 584, sh.400. BAG, 18.1.1990, AP §1 KSchG 1969, Nr. 19; BAG, 27.9.1984, AP §2 KSchG, Nr. 8=NZA 1985, sh.455; BAG, 24.3.1983, AP §1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 12=NJW 1984, sh.78. Buna karşılık Yargıtay 9. HD.si aşağıda anılan kararında, işverenin, sırf işçinin işyerinde başka şekilde çalışma olanağını araştırmamasını feshin geçersizlik sebebi olarak kabul ettiği intibai uyanmaktadır: "Somut olayda işverence siparişlerde azalma meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş akti feshedilmiş ise de işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma imkanının olup olmadığı araştırılmadığı, esnek çalışma ve kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı hizmet aktinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir" (bkz. Yarg. 9. HD., 13.1.2005 tarih ve E. 2005/33414, K. 2005/930). Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313

geçerliliği açısından önemli olan, işçinin işyerinde başka bir şekilde çalıştırılma olanağının *fülen ve gerçekten* mümkün olmasıdır⁷⁸. Yapılan araştırma sonucunda, işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma olanağı bulunmuyor ise, işverenin, salt bu durumu fesihden önce araştırmaması feshi geçersiz kılmaz. İşveren, daha ziyade, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştırılmaya devam edebileceği başka bir çalışma yeri gerçekten varsa, geçerli bir fesih nedeninin varlığına dayanamaz. Başka bir çalışma yerinden kasıt, işverenin aynı işyerinde veya diğer işyerlerinde bulunan ve işçiyi nitelikleri bakımından iş görme edimini yerine getireceği ve boş olan bir yerdir. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur⁷⁹. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır⁸⁰.

2. Sosyal Seçim veya Objektif Kriter:

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri ile iş sözleşmesi feshedilecek, istihdam fazlası işçilerin kimler olacağına ortaya konulmasında hangi sosyal ölç-

⁷⁸ *Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, Nr. 584 sh.400; *von Hoyningen-Huene, G./Linck, R.*, §1 KSchG Rdnr. 395 sh.301; *Ascheid, R.*, Erfurter Kommentar, §1 KSchG Rn. 416, sh.2163. Ayrıca bkz. BAG, 27.9.1984, AP §2 KSchG 1969, Nr. 8=NZA 1985, sh.455; BAG, 24.3.1983, AP §1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 12=NJW 1984, sh.78. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313

⁷⁹ Engin, a.g.e. s: 91

⁸⁰ Yargıtay 9. H.D. 13.02.2006 gün ve 2005/37219E, 2006/3456K “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı şirketin dava dışı Advansa Sasa A.Ş.nin forklift hizmetlerini üstlendiği, davalı şirket ile Advansa Sasa A.Ş. arasındaki Forklift Hizmetleri Sözleşmesinin karşılıklı mutabakat ile sona erdirilmesi üzerine davalı şirkete iş sözleşmesi ile bağlı ve forklift üretim hizmetleri operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedildiği, davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında anılan şirketin diğer bir kısım yardımcı işlerini de üstlendiği ve bu sözleşmenin devam etmekte olduğu, tanık anlatımlarına göre Advansa Sasa A.Ş.nin forklift hizmetlerinin Naklog isminde başka bir firma tarafından üstlenildiği anlaşılmaktadır.

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

ütlerin kullanılacağı Türk İş Hukuku'nda tartışma konusu olmuştur. Alman Hukukunda, sosyal ölçütler kanunda açıkça yer almış ve dört ölçüte yer verilmiştir⁸¹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun da bu ölçütlere açıkça yer verilmemesine ve sosyal seçimle ilgili bir kural bulunmamasına rağmen, ilk uygulamalarında bu ilkeyi benimsemiş ve işten çıkarılacak işçilerin seçiminde hangi ölçütlerin kullanıldığının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır⁸². Ancak zamanla bu uygulamasından vazgeçmiş ve bu kez seçimde objektif kriter kavramına yer vermiştir⁸³. Bu değişim, sadece kullanılan kavramın tercihi ile ilgili bir değişiklik olmayıp, içeriğini ve kapsamını da etkilemiştir.

⁸¹ GÜZEL, A/ERTAN, E, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, LEGAL, İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ, SAYI: 16, s: 1294, 2007

⁸² Yargıtay 9. HD. 03.04.2006. 2006/4878E, 2006/8253K. “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır”(ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır

⁸³ Yargıtay 9. H.D. 22.05.2006. 2006/10732 E, 2006/15164. “4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene aittir. Davalı işveren, işyerinde üretilen 42 gram maya üretim ve satışında azalma meydana gelmesi nedeniyle performansı düşük olan davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürmüştür. Satışların düştüğü konusunda işverence ibraz edilen belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı noktasında işyerinde gerekirse keşif icra edilerek bilirkişi marifetiyle inceleme yapılmalıdır. Ayrıca, fesihten önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığı Bölge Çalışma Müdürlüğü ve Sosyal Sigortalar Kurumundan sorularak işverenin “ çelişkili

Öğreti de sosyal seçim konusunda görüş belirten yazarların büyük çoğunluğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun da bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığından hareket ederek, işverenin işletme, işyeri ve iş gerekleri ile iş sözleşmelerini feshedeceği işçileri seçerken, sosyal bir seçim zorunluluğu bulunmadığını açıklamışlardır⁸⁴. Bu görüşlere göre, fesih hakkının kötüye kullanıldığı, feshin keyfi olarak yapıldığı durumlar dışında, işveren, yönetim hakkı kapsamında çıkarılacak işçileri serbestçe belirleyebileceği gibi, yasal bir dayanağı bulunmayan bir yükümlülüğünden dolayı bu hakkı sınırlandırılmamalıdır.

Öğreti de sosyal seçim kriterinin uygulanması gerektiğini belirten görüşte olanlar ise, "İş Hukukunun hem varlık nedeni hem de amacının zayıf olan işçinin korunması ilkesinin, işverene işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işçiler arasında sosyal bir seçim yapma yükümlülüğü yüklediğini, yıllar boyunca sadakatle işletmeye hizmet edip katkıda bulunan işçilerle iş ilişkisini sürdürme yükümlülüğünün normatif temelini de işverenin işçiyi gözetme borcundan doğduğunu belirtmektedirler⁸⁵.

Gerek Alman Hukukunda ve gerekse Fransız Hukukunda işletme, işyeri ve iş gerekleri ile fesih nedeni ile çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal düzenleme ile bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Türk Hukukunda böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Elbette, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri dışında, aynı yasanın eşit işlem yapma borcu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendika üyesi olan işçilerin koruma altına alınması hükümleri dikkate alınacaktır. Ancak, özellikle girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin 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 sözl-

davranış yasağı ilkesi" ni ihlal edip etmediği saptanmalıdır. Bu araştırmalardan sonra şayet bir işçi fazlalığı söz konusu olmuş ise, iş sözleşmesi feshedilen davacı işçinin seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı da belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır."

⁸⁴ ALPAGUT, G, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur? Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006 s: 99 vd.; ÇELİK, N, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, Beta, İstanbul 2007, s: 224 vd.; Engin, M, a.g.e. s: 112, Naklen, GÜZEL, A/ERTAN, E, a.g.e., s:1284

⁸⁵ GÜZEL, A/ERTAN, E, a.g.e., s:1286, ULUCAN, D., İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ, SAYI: 14, s: 505 ,2007

eşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı 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 incelenmelidir.

F. SONUÇ:

İş güvencesi hükümlerinden iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden olarak belirtilen işletme, işyeri ve iş gereklerinin, kavram olarak bilinmesi ve işverenin buna yönelik kararının denetiminin ne şekilde yapılacağı uygulamada önem kazanmaktadır. Elbette ki, işletmesel kararın, yukarıda belirtilen denetimler kapsamında incelenebilmesi için, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanması, işverenin bu işletmesel kararının yazılı olarak alınmış olması, bu kararın açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirilmesi gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden dolayı feshinin, tutarlılık, keyfilik, gereklilik ve ölçülülük denetimlerine tabi tutulmasında, işletmesel karara ilişkin belgelerin, istihdam ile ilgili kayıtların getirilmesi (bu kayıtlar içinde 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 yanında işyeri SSK bildirelileri de yer almalıdır), işyerinden keşif yapılarak, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişi incelemesine tabi tutulması önem taşıyacaktır⁸⁶. İşverenin işletme gerekleri ile işten çıkarmaya yönelik işletmesel kararı tut-

⁸⁶ Yargıtay 9.H.Dairesi. 22.01.2007 gün ve 2006/37504E, 2007/86K. “Mahkemeye hükme esas alınan ve dosya üzerinde inceleme yapan hukukçu bilirkişi ise, işyerinde sipariş azalması ve yeni işçi alınmadığını kabul etmekle birlikte, davalının yeni ihaleler aldığını, esnek çalışma sistemleri ile darlığı atlatabileceğini, işverenin iş sözleşmelerini feshetmesi geçerli nedene dayansa bile fazla mesaileri yeterince azaltmadığını, izin kullandırmadığını, kayıtlarda çelişki olduğunu, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığını belirtmektedir. Her şeyden önce bilirkişi raporları kendi içinde çelişkili olduğu gibi, işetmeden kaynaklanan fesih sebebine göre uzman bilirkişiler aracılığı ile araştırma yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle işverenin üretim yaptığı işkolu da dikkate alınarak, işkolunda uzman, üretim ve satış değerlerinden anlayan, işyerindeki makine ve işgücüne göre belirleyebilecek endüstri, makine ve iş güvenliği mühendislerinin aralarında bulunduğu bilirkişi heyeti ile işyerinde keşif yapılarak, taahhüt ve sipariş üzerine üretim yapan işyerinde, sipariş azalmasının geçici olup, olmadığı, bu sipariş azalmasının işgücünde azalmayı zorunlu kılmayı kılıp kılmadığı, geçici yada kalıcı sipariş azalmasının işyerinde çalışan işçiler çıkarılmadan esnek çalışma uygulanması ile giderilip giderilemeyeceği, fesihten sonra ihale ile alınan siparişlerin iş gücünü etkileyip etkilemediği, bu siparişlerin kalan işçilerin iş gücü ile karşılanıp karşılanamayacağı olguları üzerinde durulmalı, bu

arlı olarak uygulayıp, uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığı konusunda, sözkonusu kayıtlar belirleyici olacaktır. Sonuçta işverenin feshe yönelik işletmesel kararının geçerli nedene dayanıp dayanmadığı anlaşılacaktır.

kapsamda feshin son çare olup olmadığı değerlendirmeli, işyerinden kaynaklanan sipariş azalmasının işçi çıkarılmasını zorunlu kıldığı anlaşıldığı takdirde, çıkarılan işçilerin seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik, çelişkili ve yetersiz bilirkişi raporu ile yazılı şekilde feshin geçersizliğine karar verilmesi hatalıdır.