

İşK. m. 18-21

İŞLETMESEL KARARLARIN KEYFİLİK DENETİMİNE TABİ OLMASI VE GEÇERLİ NEDENLE FESİHTE SON ÇARE (ultima ratio) İLKESİNİN GÖZETİLMESİ

(KARAR İNCELEMESİ)

Prof. Dr. Ali GÜZEL*

Yarg. 9. HD., 16.12.2004, E. 2004/ 27003, K. 2004/27998

(Gebze İş Mahkemesi, 22.7.2004, 1296/543)

1. 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.

2. 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.

3. İşletmesel 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 feshin başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.

4. İş Kanununun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel karar uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren feshin ekonomik nedenlerle yapıldığını sendikal nedenle ilgisinin bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedilebileceği 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 fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak 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 Kanununun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Somut olayda, dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplerle göre fesih işleminin sendikal nedenle yapıldığı anlaşıldığından davalının feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin kısmına yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Keza sendikal tazminatın yukarıda belirtilen fesih

nedeni karşısında bir yıllık ücret tutarında belirlenmesi yerindedir. Ancak, dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, boşta geçen süreyle ilgili ücret ve tazminatın süre itibarıyla belirlenmesi yeterlidir. Zira, işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğine bağlanmış tespit mahiyetinde hükümlerdir. Ayrıca, talep olmasa da, mahkemece hüküm altına alınması gerekir. Bu nedenle mahkemece boşta geçen süreyle ilgili ücret ve tazminatın miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır.

4857 Sayılı İş Kanununun 20/3 .maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1-) Gebze İş Mahkemesinin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-) Davanın kabulüne. Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3-) Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının bir yıllık ücret tutarı olarak belirlenmesine,

4-) Davacının işe iade için süresi içinde işverene başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-) Davacı işçinin işe başlatılması halinde ödenen ihbar ve kıdem tazminatının boşta geçen günler alacağından mahsubuna,

7-) Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 350.000.000.-TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

8-) Davacı tarafından yapılan 24.200.000.-TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

9-) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 16.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Uyuşmazlık ve Yargıtay Kararında Benimsenen Hukuki Çözüm

Yukarıya alınan Yargıtay kararı, İşK. m. 18/T'de öngörülen, “*işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan*” nedenlerin hangi koşullarla, fesih için geçerli bir neden sayılacağı ve işverenin dayandığı bu geçerli neden ile işverenin işletmesel karar yetkisinin sınırları ve nihayet bu alanda yargı denetiminin içerik ve kapsamı konusunda çok önemli bazı ilkeleri açıklığa kavuşturması açısından önem taşımaktadır.

Söz konusu karara ilişkin uyuşmazlıkta davacı işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuş; davalı işveren ise, feshin ekonomik nedenlerle yapıldığını, sendikal nedenle ilgisinin bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiş, Yerel Mahkeme (Gebze İş Mahkemesi), feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay 9. HD., aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz gerekçelerle, davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının bir yıllık ücreti tutarı olarak belirlenmesine, davacının işe iade için süresi içinde işverene başvurusu halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine, oybirliği ile karar vermiştir.

2. İşverenin İşletmesel Karar Yetkisi ve Geçerli Fesih Nedenleri Üzerinde Yargı Denetimi

a) İşverenin işletmesel karar yetkisi

İşverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisi ile işçilerin işten çıkarmalara karşı korunması arasında belirli bir dengenin gözetilmesi zorunluluğu, günümüzdeki ekonomik ve teknolojik koşulların bir gereği olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır. Belirtilen bu zorunluluk, pozitif hukukların benimsediği iş güvencesi kavram ve modelini de etkilemiş ve işçiye mutlak anlamı içinde bir iş güvencesi hakkı tanınamıştır. Hukuk sistemleri arasındaki bazı önemli farklılıklara rağmen, iş güvencesi kavramına, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar tanınması biçiminde bir anlam kazandırılmıştır. Esas ve öz olarak, iş güvencesine ilişkin hukuk normu ile işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması engellenmek istenmiştir. Şu halde, iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten

çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ise, işverenin işçiyi işten çıkarırken yasanın öngördüğü **geçerli bir nedene** dayanması ve **bu nedenin yargıç tarafından denetimi** ile ulaşılabılır¹. İş güvencesine ilişkin hükümlerin etkinliği ve giderek keyfi işten çıkarmaların engellenmesi açısından önem taşıyan bu ilkeye, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da, “...*işverenin fesih konusunda keyfi kararlar yargı denetimine tabidir*” biçiminde, bir kez daha ve çok isabetli olarak, vurgu yapılmış bulunmaktadır.

İş Yasasının iş güvencesini düzenleyen 18. maddesinin birinci fıkrası hükmü belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde geçerli sayılan nedenleri, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” nedenler biçiminde belirlemiştir. Ancak, bu belirleme çok soyut kalmakta; söz konusu nedenlerin somut anlam ve kapsamlarının ortaya konması, örneğin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerin, hangi koşullarda geçerli neden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerden sayılacağı ise ancak yargı kararları ve öğretici görüşleriyle zaman içinde belirginleşebilecektir². Nitekim, Yargıtay 9. HD.’nin üzerinde durduğumuz bu kararı da, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin hangi koşullarla fesih için geçerli bir neden sayılacağı hususunu açıklığa kavuşturmada önemli bir katkı sağlamaktadır. Yasanın 18. maddesinin gerekçesinde, Alman Federal İş Mahkemesinin zaman içinde verdiği kararlardan da esinlenerek, geçerli fesih nedenlerine örnekler verilmiştir. Bu örnekler, iki ayrı başlık altında toplanmıştır. İlk grupta işyeri dışından kaynaklanan geçerli nedenlere verilen örnekler yer almaktadır. Bunlar; “*Sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, iç ve dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı, gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi*” halleridir. İkinci grupta yer alan işyeri içi geçerli nedenler ise; “*yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması, gibi sebepler olabilir*”³. Verilen bu örnekler incelendiğinde, hemen hemen tümünün ekonomik ve teknolojik nitelikli olduğu görülür. Bu nedenle, 18. maddedeki nedenleri; birçok yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı **ekonomik ve teknolojik nedenler** biçiminde yorumlamak, kavramlara somut bir anlam kazandırmak ve sınırlarını çizmek açısından uygun olacaktır.

¹ Bkz. Güzel, A., İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu yayını, Eylül 2004, 16 vd.

² Ulucan, D., İş Güvencesi, 2. Baskı, 36.

³ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı:1, C:7, S. Sayısı:73, 13; ayrıca bkz. Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2004, 201 vd; Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 2004, 135 vd.

Gerçekten, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshi (iş güvencesi) konusunun küçümsenmeyecek bir bölümü, işçiye yönelik geçerli fesih nedenleri oluştururken, aynı konuya ilişkin ve o ölçüde öneme sahip kuralların büyük bir bölümü de, ekonomik ve teknolojik bir perspektif çerçevesinde yer alır ve çok farklı bir bakış açısını yansıtır. Günümüzde İş Hukuku, sadece iş sözleşmesi temelinde yükselen dar anlamdaki iş ilişkilerinin hukuku değil, bunun yanında ve buna ek olarak, aynı zamanda ekonomik değişim ve teknolojik dönüşümlere geçit veren ve uyum sağlamak zorunda olan bir hukuk dalı haline gelmiştir. Anılan hukuk dalı, özde, ekonomi ile sosyal arasındaki yeni bir ilişki ve etkileşimi de yansıtmaktadır. Küreselleşme sürecinde rekabet olgusunun iş hukuku kurallarına yansımaları, ekonomik kriz koşullarına uyum sağlayan yeni kuralların (esneklik) oluşturulması ve nihayet bu süreçte, çok güç de olsa, istihdamın korunması, belirtilen etkileşimin örneklerini oluştururlar⁴.

İş hukuku, bir yandan, ekonomik konjonktürün gereklerine ve teknolojik dönüşümlere uyum sağlamaya; öbür yandan da, işçiye korumaya yönelik bazı hak ve güvenceleri düzenlemeye ve mevcut olanları da korumaya çaba göstermektedir. Ekonomik nedenlerle işten çıkarma, daha açık bir deyimle, işçinin işyerindeki işinin ortadan kaldırılması, ekonomi ile sosyal arasındaki ilişkinin odak noktasında yer almaktadır. İşçinin işyerindeki işi ve genel olarak istihdamının tümüyle ekonomik özelliklere sahip olduğu dikkate alındığında, bu olgunun çok da şaşırtıcı olmadığı görülecektir. İstihdam kavramı, bir yönüyle sosyal, öbür yönüyle de ekonomik bir anlamı barındırır. Ekonomik anlam ve boyut, emek ya da işgücü pazarına yaslanır; işçinin işyerindeki işine de dayanak oluşturan istihdam kavramı, işletmenin faaliyetleriyle de özdeşleşmekte, işçiye işletmeye bağlamakta⁵ ve kaçınılmaz olarak, anılan faaliyetlerdeki konjoktürel dalgalanmalardan etkilenmektedir. İstihdamın *sosyal boyutu* da işletmeyle ve onun faaliyetleriyle olan bağlılığı yansıtmakta; istihdamın korunması ve iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması (iş güvencesi) olgularını da gün ışığına çıkarmaktadır. Bu yönüyle işçinin istihdamı, aynı zamanda hukuki bir kavram olarak belirginleşmektedir⁶. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin ekonomik nedenlerle

⁴ **Marraud/ Géa**, Présentation générale, in “La rupture du contrat de travail en droit français et allemand”, 17 vd.

⁵ **Fouquet, A.**, Travail, emploi ou activité, Travail et Emploi, 1999, 328; **Gaudu, F.**, La notion d’emploi en droit, Dr. Soc. 1996, 571; **Mollamahmutoglu, H.**, İş Hukuku, Ankara, 2004, 563-564.

⁶ Bkz. **Géa**, Le licenciement économique au coeur d’un conflit de logique, in “La rupture du contrat de travail...”, 243 vd; **Hohenadel, H/ Profanter, H.**, Le licenciement pour motif économique, in “la rupture du contrat du travail...”, 315 vd; **Gaudu**, la notion juridique d’emploi en droit privé, Dr. Soc. 1987, 417; **Couturier**, 268-269; **Philbert, A.**, Le droit prétorien du licenciement économique, Dr. Soc. 1998, 37 vd; **Waquet, W.**, la cause économique du licenciement, Dr. Soc. 2000, 171.

işverence feshini düzenleyen hukuk sistemleri incelendiğinde yasal düzenlemelerin açıklanan olguları yansıttığı görülecektir. Örneğin, Fransız İş Kodunun m. L.321-1 hükmüne göre, ekonomik güçlükler veya teknolojik dönüşüm nedeniyle işçinin işletmedeki işinin ortadan kalkması, dönüşüme uğraması veya esaslı tarzda değişmesi sonucunu doğuran olgular, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları ifade eder. Bu tanım, farklı düzeydeki iki unsuru birleştirmektedir. İlk unsur, “maddi ya da objektif” nitelikte olup, doğrudan doğruya iş sözleşmesini (veya işçinin işini) ilgilendirmektedir. İkinci unsur ise, subjektif olup, işten çıkarmanın nedenini oluşturmaktadır⁷. Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Yasasının (KSchG) 1. maddesinin ikinci fıkrasına göre, iş sözleşmesinin feshi, işletmenin zorunlu (acil) ihtiyaçlarına dayanmadığı takdirde sosyal açıdan haklı bir fesih olarak kabul edilemez. İşletmenin acil ihtiyaçlarına dayanan fesih nedenleri de, aşağıda görüleceği gibi, işletmenin iç faaliyetlerine (işletmeye bağlı nedenler) veya dış faktörlere bağlı olarak ortaya çıkarlar. Ekonomik konjonktürdeki olumsuzluklar, işletmelerin faaliyetlerine de yansımakta ve işçinin işini yitirmesi sonucunu doğurmaktadır⁸.

Hukukumuzda da, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin, sözleşmesi feshedilmek istenen işçinin işi üzerinde olumsuzluk yaratması; Yargıtay kararındaki isabetli anlatımla, işyerinde işgücü fazlalığının ortaya çıkması nedeniyle, **işçinin işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olması** gerekmektedir. Görüldüğü gibi, her durumda, ekonomik veya teknolojik nedenlerle istihdam olgusu ya da işçinin işyerindeki işi arasında bir **illiyet bağı** söz konusu olmaktadır. Özellikle, ekonomik ve teknolojik nedenlerin kapsam ve sınırlarının belirsizliği, söz konusu illiyet bağı ön plana çıkarmakta ve yasa kuralının somut olaylara uygulanmasında bu kavram belirleyici olmaktadır. Şu halde, işçilerin işyerindeki işleri ile ilgili olan ve dolayısıyla istihdamı olumsuz yönde etkileyen nedenlerin geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu anlamda, işverence yapılan fesih işleminin geçerli bir fesih sayılabilmesi için, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri dışı veya işyeri içi nedenlerin, işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, onun işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi gereksinimini **gerçekten** ortadan kaldırıcı nitelikte olması da aranacaktır. Bu tür bir neden, işyerindeki mevcut personel sayısının gereksinim duyulandan fazla olmasıyla doğmuş olabilir. Burada işin daha az sayıdaki işçi ile yapılabilecek hale gelmiş olması koşulu aranacaktır⁹. Bu açıklamalar, m. 18/I hükmünün

⁷ Géa, Le licenciement économique au coeur d'un conflit de logique , 245.

⁸ Hohenadel/ Profanter, Le licenciement pour motif économique., 318 vd; ayrıca: Engin, 36 vd

⁹ Engin, E. Murat., İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul, 2003, 36; Aynı Yazar, İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran, 2004, 537 vd.

yetersizliğini de belirginleştirmektedir. Bu nedenle, Yasa maddesinde, fesih nedenleri ile istihdam arasında bağ kurabilecek bir tanıma yer verilmiş olsaydı çok daha isabetli olacaktı¹⁰. Sevindirici olan husus, inceleme konusu Yargıtay kararının bu eksikliği önemli ölçüde gidermiş olmasıdır. Çünkü, Yüksek Mahkemenin, “... 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..” biçimindeki gerekçeleri, işletme veya işyeri gerekleri ile işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağını da kurmuş bulunmaktadır.

b) Geçerli Fesih Nedenleri Üzerinde Yargı Denetimi

İnceleme konusu Yargıtay kararı açısından üzerinde durulması gereken diğer önemli bir husus, özellikle işyeri içi veya işyeri dışı geçerli fesih nedenlerine ilişkin olarak işverenin yetki alanı ve bu yetkiye dayalı karar üzerindeki yargı denetimidir. Bilindiği üzere, işletme ya da işyeri ile ilgili bir konuda karar alma, işverenin sahip olduğu ve anayasal değere sahip (AY. m. 48) girişim özgürlüğü kapsamında yer alır. İşveren, işyerinin organizasyonu, işyerine yeni teknolojilerin girmesi, işyerinin daha verimli hale getirilerek rekabet gücünün artırılması gibi konularda karar verme yetkisine sahiptir. İşveren, işletmesinin geleceği ve selameti için, en uygun gördüğü kararı verme yetkisine sahip olmalıdır¹¹. Belirtilen bu kararlar üzerinde yargı denetimi de söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, yargıç, işverenin yerine geçerek, uygun teknolojiyi veya rekabeti arttırmak için başvurulması gereken stratejileri belirlemek durumunda değildir. Ancak, işverenin girişim özgürlüğü ve işletmesel karar yetkisi mutlak ve sınırsız da değildir. Çünkü, çağdaş iş hukukunda işverenin işletme yönetiminde tek yargıç olarak kabul edildiği dönem de artık sona ermiştir. Gerçekten, işverenin işletme yönetimi ve organizasyonu konusundaki yetkileri ve bu yetkilerin uzantısı olarak, düzenleme ve disiplin yetkileri artık sınırsız değildir. Konumuz çerçevesinde kalındığında, örneğin, işçinin işten çıkarılması konusunda, önceki dönemde işverene tanınan sınırsız yetkiler, çağdaş iş hukukunun, iş güvencesine ilişkin kuralları ile önemli ölçüde sınırlandırılmış bulunmaktadır¹². Bu anlamda yargı denetimi, işverenin girişim özgürlüğünü tehlikeye sokmadan, keyfi işten çıkarmaları hukuki bir yaptırıma tabi tutmalıdır. Bu bağlamda, işçinin işini koruması ile işverenin girişim özgürlüğü ya da işletmesel karar yetkisi arasında çok hassas olan dengenin de gözetilmesi gereği ortaya çıkmaktadır¹³.

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, geçerli fesih nedenleri üzerinde yargı denetimi konusunda, farklı bazı esasların benimsendiği görülür. Ancak, söz

¹⁰ Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 60 vd.

¹¹ Pélissier/ Supiot/ Jeammaud, Droit du travail, dalloz 2002, 579.

¹² Géa, Le “Principe de l’ultime remede”, la rupture du contrat du travail, 276.

¹³ Pélissier/ Supiot/ Jeammaud, 579 vd.

konusu sistemlerin birleştiği ortak nokta ve temel amaç, keyfi işten çıkarmaların önlenmesidir. Bu anlamda etkin bir yargı denetimi gerçekleştirilmediği takdirde, keyfi işten çıkarmaların önlenmesi olanaklı olamayacak ve giderek iş güvencesine ilişkin kuralların da çok fazla bir anlamı kalmayacaktır. Örneğin, Fransız Yargıtayı, ekonomik nedenlerle yapılan fesihlerin işverenin **keyfi** bir kararına dayanmaması ve bu arada işverenin yönetim yetkisinin de tehlikeye düşürülmemesi amacıyla zaman içinde bir denetim sistemi oluşturmuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, genel ve soyut formüllerden kaçınarak, belirli noktalarda somut bir denetimi uygun görmektedir. Yüksek Mahkemeye göre yargıç, İş Kodunun m. L. 321-1 hükmünü uygularken, birbiriyle illiyet bağı içinde bulunan çift yönlü bir denetimi gerçekleştirecektir. Bunlardan ilki, fesih için işverence dayanan nedenlerin gerçek olup olmadığı hususuna yönelik olacaktır. Bu kapsamda, fesih nedeninin ciddi olup olmadığı da araştırılacaktır. İkinci olarak, illiyet bağının mevcudiyeti üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede çift yönlü bir illiyet söz konusudur. İlk önce, fesih işlemi ile işin ortadan kaldırılması, nitelik değiştirmesi veya iş sözleşmesinde esaslı değişiklik arasında bir illiyet bağı bulunmaktadır. Daha sonra, belirtilen bu sonuçlar ile bunları doğuran ekonomik güçlükler arasında bir illiyet bağı söz konusudur¹⁴. Ekonomik nedenlerle fesih, işin ortadan kalkması, değişime uğraması veya iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapılmasını varsayar. Bu durumların ve işverence ileri sürülen, örneğin ekonomik güçlüklerin gerçekten mevcut olup olmadığı da yargıç tarafından araştırılacaktır. İş sözleşmesinde esaslı değişiklik gereksinimi, ekonomik güçlüklerin bir sonucu değil, işletmenin yeniden yapılandırılması (reorganizasyonu) yönündeki bir karardan kaynaklanıyorsa, yargıç, sadece ileri sürülen nedenlerin gerçekliğini araştırmakla yetinmemekte, bu yeni organizasyonun işletmenin yararının dikkate alınarak veya sektördeki rekabet gücünü arttırmak amacıyla yapıp yapılmadığını da araştıracaktır. Üzerinde durulan bu olasılıkta, dayanan fesih nedenleri üzerinde sadece gerçeklik denetimi ile yetinilmemesinin anlamı, söz konusu nedenlerin varlığının işverenin bir kararına dayanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Fesih işleminin keyfi olmaması için, işverence gerçekleştirilmek istenen yeni organizasyonun yerindeliğinin veya uygunluğunun yargıç tarafından denetimi söz konusu olmaktadır. Bu denetimle yargıç, işverenin yerine geçerek hangi kararın işletme yönetimi için yararlı olduğuna karar vermemekte, işverence alınmış kararın işletmenin rekabet gücünü etkin bir biçimde arttırmak için gerekli olup olmadığını araştırmaktadır¹⁵. İşverenin ileri sürdüğü fesih nedeni üzerinde yargıç

¹⁴ Pélissier /Supiot/ Jeammaud, aynı yer; ayrıca bkz. Le Goff, Droit du travail et société, les relations individuelles du travail, 875; Engin, 51 vd; Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 68 vd.

¹⁵ Pélissier /Supiot/ Jeammaud, 581; Couturier, Droit du travail, relations individuelles du travail, 304.

tarafından yapılan ikinci bir denetim, illiyet bağının mevcudiyeti üzerinde yoğunlaşmaktadır. Burada, bir yandan fesih işlemi ile işinin ortadan kalkması, değişime uğraması veya sözleşmede değişiklik olguları arasında bir illiyet bağı bulunmakta, öbür yandan, bu değişikliklerle ekonomik güçlükler ya da diğer ekonomik nedenler arasında bir illiyet bağı söz konusu olmaktadır. İlk durumda Yargıtay, işverenin işletmede işçiye başka bir iş verme olanağının bulunmamasını da zorunlu görmektedir. Bu koşul, işverenin işletmesel karar yetkisini sınırlayan ve aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz **son çare** (*ultima ratio*) ilkesinin bir sonucu olup, Fransız İş Kodu tarafından da düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁶. Ekonomik nedenlerle işçinin işinin ortadan kalkması, değişime uğraması ya da iş sözleşmesinde esaslı değişiklik arasında illiyet bağının araştırılması, yargıç tarafından işverenin yönetim yetkisine başka sınırlamaların getirilmesi anlamına da gelmektedir. Bu konudaki yargı kararlarına göre, istihdam olanağını ortadan kaldıran nedenler, işverenin yetki aşımı veya kınanılacak hafiflikte bir davranışından kaynaklanıyorsa, yapılan fesih gerçek ve ciddi nedene dayalı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun gibi, işverenin kendisinin aldığı önlemler ve kararlar sonucu ekonomik güçlükler ortaya çıkmış ise, daha sonra bu nedene dayanarak işçileri işten çıkaramayacaktır. Mahkemeler, daha da önemli olarak; hile veya kınanılacak bir davranıştan bağımsız olarak, gerçekleştirilen feshin işverence ileri sürülen ekonomik güçlüklerin kaçınılmaz bir sonucu olmadığı durumlarda da bu feshi gerçek ve ciddi bir nedenle yapılmış bir fesih biçiminde nitelendirmemektedirler. İşverenin, ekonomik güçlük olmadan işçi maliyetlerini düşürme gerekçesine dayandığı durumlarda, belirtilen yönde bir yargı denetimi söz konusu olmaktadır. Yargıtay, işverence ileri sürülen ekonomik güçlükle, ortadan kalkan iş sayısı arasında bir illiyet bağı denetimini de uygun bulmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına¹⁷ göre, rekabet gücünü geliştirme amacına yönelik olarak işletmenin yeniden yapılandırılması olgusu gerçeklik kazandıktan sonra, yargıç, ortadan kalkan iş veya görev sayısının işletmenin rekabetini artırma açısından uygun olup olmadığını artık denetlemek durumunda değildir¹⁸.

Alman Hukukunda da, işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme ve bunların kapsamını belirleme özgürlüğü ile işçilerin işlerini koruma hakları arasında belirli bir dengenin sağlanmasına önem verilmektedir. İşletmenin yeniden yapılandırılması ve personel sayısının buna uygun hale getirilmesi, işverenin, özgürce alacağı bir karara dayanır. İşveren, kendi bakış açısına göre işletmenin yapısını değiştirme hakkına sahip bulunmaktadır. İşverenin, işletme ile ilgili olarak aldığı önlemleri belirleyen bu yöndeki bir karar, kural olarak yargı

¹⁶ Pélissier /Supiot/ Jemmaud, 583; Couturier, 305 vd.

¹⁷ Ass. Plén. 8 déc.2000, D.2001., note J. Pélissier, (Pélissier /Supiot/ Jemmaud, 584, dn.5'den)

¹⁸ Ayrıntı için bkz. Pélissier /Supiot/ Jemmaud, 584; Le Goff., 873 vd; Géa., Le licenciement économique, 256 vd.; Couturier, 303 vd.

denetimine tabi değildir¹⁹. Yargıç, işverenin kararının feshi koşullandırıp koşullandırmadığını araştırmakla yetinecektir. İşletmesel kararlar, sadece keyfilik denetimine tabidir. İşverenin işletmesel nitelikli kararının yargıç tarafından denetlenememesi yönündeki kural, kaynağını Anayasadan alır. Alman Anayasasının (Temel Yasasının) 12, 14 ve 2. maddeleri, işverenin bu özgürlüğüne dayanak oluşturmaktadırlar. Ancak, özel bir yasa tarafından bu konuda bazı sınırlamaların öngörülebileceği de kabul edilmektedir. Nitekim, böyle bir sınırlama, Feshe Karşı Koruma Yasasında öngörülmüştür. Aşağıda tekrar üzerinde durduğumuz gibi, ultima ratio ilkesi ve fesihle sosyal ölçüt, bu yöndeki sınırlamalara örnek oluşturmaktadır. Genel olarak, işverenin işletmesinde yeniden yapılandırmaya (reorganizasyon) gitmesi, karar verme özgürlüğünün bir parçası olup, feshe karşı koruma hükümlerinden etkilenmez. Ancak, fesih işlemleri başka yönlerden yargı denetimine tabi tutulmaktadır. İşveren, öngörülebilir tüm seçenekleri dikkate alarak işten çıkarmaları önlemeye çaba gösterecektir. İşçinin işletmede çalıştırılabileceği başka bir iş mevcut ise yapılan fesih, sosyal açıdan haklı sayılamayacaktır. Bu çerçevede, Federal İş Mahkemesi, feshin açıkça tutarsız ve keyfi olmaması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Ayrıca, ekonomik nedenlerle işten çıkarmalarla hedeflenen sonuca, bu yola gitmeden daha hafif önlemlerle ulaşıp ulaşılamayacağı hususu da yargı organının denetimine tabidir²⁰ 21.

Hukukumuzda, İş Yasasının geçerli fesih nedenlerini düzenleyen 18. maddesinin birinci fıkrasında, yargı denetimine ilişkin olarak açık bir hükme yer verilmemiş olması, yargı organının belirtilen fesih nedenleri üzerinde herhangi bir denetiminin söz konusu olamayacağı, konunun tümüyle işverenin girişim özgürlüğü alanına girdiği biçimindeki bir düşüncüyü, kesinlikle beraberinde getirmemektedir. Çünkü böyle bir düşünce, keyfi işten çıkarmaları meşru hale getirirken, iş güvencesine ilişkin hükümleri de tümüyle anlamsız kılmaktadır. Bu nedenle, anılan fesih nedenleri üzerinde etkin bir yargı denetimi kaçınılmaz olacaktır Diğer çağdaş hukuklarda olduğu gibi, hukukumuzda da işverenin işyerinin yönetiminde tek yargıç olarak algılandığı dönem artık sona ermiştir. En son olarak, iş güvencesine ilişkin düzenlemeler, buna önemli bir hukuki dayanak oluşturmaktadır. Yargı denetimi konusundaki ilkelerin zaman içinde, iş güvencesi kavramının, işçinin işini koruması temel amacına uygun olarak yargı organı tarafından belirleneceği kuşku dışıdır. İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay 9.HD.'nin kararıyla da bu konuda çok önemli bir adım atılmış bulunmaktadır.

¹⁹ Federal İş Mahkemesinin bu konudaki kararları için bkz. **Ulucan**, İş Güvencesi, 58 vd; ayrıca **Çelik**, 204-205.

²⁰ Ayrıntı için bkz. **Preis**, Almanya'da İşçinin Feshe Karşı Korunması, 33- 34; **Hohenadel/ Profanter**, Le licenciement pour motif économique, in "la rupture du contrat du travail", 325; **Ulucan**, İş Güvencesi, 58 vd; ; **Engin**, 62 vd; **Çelik**, 204-205.

²¹ **Hohenadel/ Profanter**, Le licenciement pour motif économique,325; **Engin**, 64; **Çelik**, 204.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkemenin geçmiş dönemde, 1475 sayılı İş Yasasının 13.maddesi ve 2821 sayılı Yasanın 31. maddesi kapsamında verdiği bazı kararlar, fesih nedenleri üzerinde de yargı denetiminin gerekliliği ve bu denetimin tabi olacağı ilkeler yönünde bazı veriler içermekteydi. Öte yandan, Yüksek Mahkemenin, 4773 sayılı Yasa ve 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümleri kapsamında vermiş olduğu bazı kararları da, bu konuda önem taşımaktadır. Örneğin, Yargıtay 9. HD.'nin bir kararında, işverenin 1475 sayılı Yasanın m.16/II, e hükmüne göre iş koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu hallerde de iş koşullarında ağırlaştırmanın **objektif** esaslara bağlı olması, haksız bir işlem niteliği taşınamaması gerektiği sonucuna varılmış; işverenin yönetim yetkisinin objektif esaslara göre kullanılmasının işçiyi gözetme borcunun bir gereği olduğu vurgulanmıştır²². Başka bir kararda, personelin başka bir yere atanmasının iş gereğine uygun ve haklı nedene dayanması, işçinin mağduriyetine ve **keyfilige** yer verilmeyecek durumda olması gereğine işaret edilmiştir²³. Öğretide, Yargıtayın bu içtihadı ile işverenin iş koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu hallerde de, Federal Mahkeme gibi, değişikliğin objektif esaslara dayandırılması yönünde bir görüşe sahip olduğu vurgulanmıştır²⁴. Yukarıda açıklandığı gibi, benzeri ilkelerin Fransız Yargıtayı tarafından da uygulandığını söyleyebiliriz.

Yüksek Mahkeme başka bir kararında²⁵, “makul ve meşru sebepler, teknolojik modernleşme, yeteri kadar hammadde bulunamaması, pazar temininde güçlük, üretimde rasyonalizasyon tedbirleri gibi durumlar” ibarelerine yer vermektedir. Yargıtay, bir diğer kararında, işyerinde hasıl olan tensikat zaruretinin icaplarına uyularak işçinin işten çıkarıldığı ve bunu müteakip işyerine işçi alınmadığı gerekçesiyle kötüniet iddiasını reddetmiştir²⁶. Konumuzla bağlantılı olarak bu kararda önem taşıyan husus, Yargıtayın işten çıkarılan işçinin yerine işçi alınıp alınmadığı hususunu da ayrıca araştırmış olmasıdır. Yukarıda açıkladığımız gibi, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, işten çıkarılan işçinin yerine, kısmi statüde ve daha düşük ücretle de olsa, başka işçi alınması halinde, ekonomik nedenle yapılan feshi gerçek ve ciddi bir fesih olarak nitelendirmemektedir²⁷. Yüksek Mahkeme, aynı anlamdaki başka bir kararında²⁸, kötüniet tazminatına hükmedilirken, işçinin çalıştığı bölümde reorganizasyon yapıp yapılmadığı, fesih için gösterilen nedenin göstermelik olup olmadığı ve işten çıkarılan işçinin yerine yeni işçi alınıp alınmadığı hususlarının araştırılmasını da gerekli görmüştür.

²² Yarg. 9. HD., 30.5. 2000, 3990/7509 (Ulucan, İş Güvencesi, 69 ve dn. 61).

²³ Yarg. HGK., 20.6.1980, 82/ 2073 (Ulucan, İş Güvencesi, 69 ve dn. 64).

²⁴ **Ulucan**, İş Güvencesi, 69.

²⁵ Yarg. 9. HD., 24.9. 1992, 3164/10375 (Engin, 70-71 ve dn. 207).

²⁶ Yarg.9. HD., 26.1.1967, 71/600 (Engin, 71 ve dn. 208).

²⁷ Soc.,20 mars 1992; Soc., 2 oct. 1991 (Pélissier /Supiot/ **Jemmaud**, 580 ve dn. 1).

²⁸ Yarg.9. HD., 26.6. 1996,3236/14393 (**Engin**, 71 ve dn. 209).

Yargıtay 9. HD.nin 4857 sayılı İş Yasasının inceleme konumuzu oluşturan 18. maddesi kapsamında verdiği bir kararında²⁹ da, çok isabetli olarak, bu yöndeki içtihadını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, davalı kuruluş, Bakanlar Kurulu Kararından sonra 2003 yılı için 673 kişi çalıştırmak için kadro belirlemiştir. Bu kadroya rağmen çalışan sayısı 586 kişidir. O halde davalı işyerinde istihdam fazlası yoktur. Ayrıca davalı işverenin fesihden sonra örneğin kadrosu olmadığı halde Genel Müdürlük birimine 2, Satın Alma Müdürlüğü birimine 8 kişi aldığı, yine kadrosu olan birimlere işçi alımlarının olduğu anlaşılmaktadır. “Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, feshin işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez...”. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, işverenin yönetim yetkisi çerçevesindeki kararını, sözleşmesi feshedilen işçinin işyerindeki işinin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı noktasında bir denetime tabi tutmaktadır. Kararda, işçinin işi ile fesih arasındaki illiyet bağı üzerinde durulmaktadır. Ekonomik güçlüğü (veya daha soyut olarak işletme ve işyeri gereklerinin) işçinin işini ortadan kaldırıcı bir etki yaratmış olması gerekmektedir. Yeni işçi alındığına göre, bu olgunun gerçekleştiği söylenemeyecektir. Bu çözümün isabetli olduğu ve iş güvencesi kavramının amacı ile uyum içinde bulunduğu hususunda herhangi bir kuşku duymamak gerekir .

İnceleme konusu yaptığımız kararda da, belirtilen doğrultuda bir çözümün benimsendiği görülmektedir. Yüksek Yargı Organı, öncelikle, işletmeyi ve işyerini etkileyen nedenlerin “**objektif**” nitelikte olmasını aramaktadır. Böylece, fesih nedenlerinin, işverenin subjektif değerlendirmelerinden arındırılması söz konusu olmaktadır. İkinci olarak, anılan objektif nedenlerin, işçinin işyerindeki işi üzerinde olumsuz etki yaratması, somut olarak “**işgücü fazlalığı**”nın ortaya çıkmış olması ve giderek işçinin işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olması gerekir. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, feshi yol açabilecek objektif nedenler ile işçinin işyerindeki işi arasında da bir illiyet bağı kurmakta, bu bağın mevcudiyeti halinde geçerli nedenin varlığından söz edilebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay kararında bu sonuca varılırken, işverenin işletmesel karar özgürlüğü ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi konusunda, yukarıda açıkladığımız esaslarla uyum gösteren, önemli bir ilkeye de yer verilmektedir. Buna göre, “*İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düzenlenen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir*”. Görülüyor ki, Yüksek Mahkeme, işverenin işletmesel karar özgürlüğünü kabul etmekle birlikte, bu kararın mutlak olmadığını, keyfilik unsurunu içerip içermediği noktasında yargı denetimine tabi bulunduğunu da, hiçbir kuşkuya vermeyecek biçimde açıklığa kavuşturmuştur.

Üzerinde durduğumuz kararda, ispat külfeti konusunda da önemli bir ilkeye yer verilmiş bulunmaktadır. Bilindiği üzere, İş Yasasının m. 20/II hükmü

²⁹ Yarg.9. HD.,29.12.2003, E. 2003/23204, K. 2003/22988, İşveren D., Şubat 2004,16-18.

uyarınca, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. Yüksek Mahkeme, bu kuralı yineledikten sonra, “İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır” görüşüne de yer vermektedir. Böylece, işveren sadece geçerli fesih nedeninin varlığını değil, bu nedenin feshi zorunlu kıldığını da ispatlamak zorundadır. Örneğin, işveren, dış pazar kaybı gibi bir nedene dayanarak iş sözleşmesini feshettiğinde, sadece bu nedenin varlığını ve somut uyumsuzluk açısından gerçekliğini değil, bu nedenin feshi zorunlu kıldığını da kanıtlamak zorundadır. Aksi halde, geçersiz bir feshin hukuki sonuçları ortaya çıkacaktır.

3. Geçerli nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi

a) Son çare (ultima ratio) ilkesinin anlamı ve hukuki dayanağı

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde, işverenin işletmesel karar özgürlüğünü sınırlayan ve geçerli fesih nedeni üzerinde yargıcın keyfilik denetimi yapmasını sağlayan diğer bir ilke ise, *ultima ratio* (veya *ultimum remedium*) ilkesidir. *Ultima ratio*, Latince bir deyim olup, düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelmektedir. *Ultimum remedium* ise; bir kuralın, bir mekanizmanın veya bir yetkinin ikincil niteliğini açıklar. Bu son deyim, ultima ratio'dan türetilmiş olmakla birlikte, her iki deyimden genellikle eşanlamda kullanıldığı görülür³⁰. Konumuzla bağlantılı olarak, söz konusu deyim, esas olarak, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurması, bu yola gitmeden önce, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri alması anlamına gelmektedir. İşveren, olanakları dahilindeki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini yitirmesine yine engel olamıyorsa, geçerli bir nedene dayalı olması koşuluyla, fesih işlemine başvurabilecektir. Böylece, hukuki olmayan bir deyime, çok önemli hukuki anlam ve hukuki sonuçlar bağlanmış bulunmaktadır. Anılan ilke, belirtilen anlam ve boyutuyla, yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukukumuzda da iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmasında ve bu hükümlerin etkin kılınmasında belirleyici bir işlev üstlenecektir. Söz konusu ilke, yabancı hukuk sistemlerinde, örneğin Fransız ve Alman hukuklarında, dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık ilkesi dayanak yapılarak, önceleri yargı kararlarıyla benimsenmiş, daha sonra ise yasal düzenlemelerin konusu yapılmıştır³¹.

³⁰ Bkz. Roland, H., Lexique Juridique, Expressions Latines, Litec, 1999, 196-197.

³¹ Bkz. Géa, F., Le “Principe de l'ultime remede” et l'obligation pretorienne de reclassement en matière de licenciement pour motif économique, in (C. Marraud, F. Kessler, F. Géa, La rupture du contrat de travail en droit français et allemand”, PUS., 2000), 267 vd.

Hukukumuzda da, özellikle geçerli fesih nedenleri üzerinde etkin bir yargı denetimi açısından ultima ratio ilkesi önem taşıyacaktır³². İş sözleşmesinin, iş ilişkisinin oluşumu açısından, “yaratıcı veya kurucu “ bir işlevi söz konusudur. İkinci işlevi ise, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını belirleme ve bunların ifasına yönelik bulunmakta ve sözleşmenin bağlayıcılığı sonucunu doğurmaktadır. İş güvencesi kapsamında ultima ratio ilkesi de, iş sözleşmesinin bu ikinci işlevine dayanmaktadır. Sözleşmelerin ifasına ilişkin genel kurallar, iş sözleşmesi açısından da aynen geçerli olacaktır. Bu konuda, ultima ratio ilkesine kaynaklık eden temel ilke ise, MK. m. 2’de ifadesini bulan, sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin *dürüstlük* kurallarına göre yerine getirilmesi (ifa edilmesi) ilkesidir . Bu anlamda, taraflardan her biri sözleşmenin devamlılığını ve özellikle diğer tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için dürüstlük kuralı çerçevesinde elinde gelen tüm çabayı göstermekle yükümlüdür. Söz konusu ilke iş sözleşmesine uyarlandığında, işveren bu sözleşmenin devamlılığı ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlamak için her türlü çabayı göstermelidir. Bu ise feshin son çare olması, yani sözleşme ilişkisinin devamlılığı için dürüstlük kuralı uyarınca öngörülebilir tüm seçeneklerin denemesi ve son çare olarak feshi başvurulması anlamına gelir³³. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, iş sözleşmesi, doğası gereği, eşit olmayan yanlar arasında bağtlanan ve bağımlılık ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin başka bir özelliği ise; bir insanın, yani işçinin, sadece sözleşmenin tarafı değil, aynı zamanda sözleşmenin konusunu da oluşturmasıdır³⁴. Bu nedenle, iş sözleşmesinin yapılması (işçinin iş bulup çalışması) kadar, bu sözleşmenin devamlılığı (işçinin işini koruması) da, işçi yönünden yaşamsal bir değer ve önem kazanır. Yargıç, doğal olarak bu olguları dikkate alarak, hakkaniyet doğrultusunda eşitsizliği telafi etmek amacıyla, özellikle işveren açısından başka türde borçlar yaratmak durumundadır³⁵.

Bazı yabancı hukuklarda, ultima ratio ilkesi, her şeyden önce yargı organının bir eseri olmuş ve bu konudaki içtihat uzun süre uygulamayı yönlendirmiştir. Daha sonraki aşamada ise aynı ilke, yasa koyucu tarafından pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Örneğin, Fransız Yargıtayı, konuyla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olmadığı dönemde ultima ratio ilkesini, Fransız Medeni Kanununun (Code Civil), sözleşmelerin dürüstlük kuralına (bonne foi) göre ifa edileceğini öngören 1134. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne dayandırmıştır. Yüksek Mahkemenin ilk kez 1992 yılında verdiği ve daha sonra kökleşen

³² Toplu bilgi için bkz. **Güzel, A.**, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, Prof. Dr. A.Can Tuncay Armağan (Baskı aşamasında).

³³ Bkz. **Couturier**, 307.

³⁴ **Supiot, A.**, Critique du droit du travail, PUF, 1994, 54; **Géa**, Le “Principe de l’ultime remede”, 272 ve dn. anılan **F. Meyer**, Le corps humain en droit du travail, Thèse Strasbourg, 1985)

³⁵ **Géa**, Le “Principe de l’ultime remede”, 272 ve dn. 32.

içtihadına göre, ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin işverence feshi, işçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı olmadığı hallerde ancak gerçek ve ciddi nedenle yapılmış bir fesih olarak kabul edilebilir³⁶. Yargıtayın bu içtihadı, Fransız öğretisinde de, özellikle ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshinde, keyfiligi önlemek ve etkin bir yargı denetimi açısından çok isabetli bulunmuştur³⁷. Yargıtayın bu ve diğer kararlarında benimsenmiş esaslar, 19 Aralık 2001 tarihli “sosyal modernizasyon yasası” (la loi de modernisation sociale) ile Fransız İş Kodunun, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları düzenleyen L.321-1.maddesine üçüncü bir fıkra hükmü olarak eklenmiştir. Anılan bu hükme göre, ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshi işlemi, işçinin eğitimi (formation) ve başka bir işe uyumu (adaptation) için tüm çabalar gösterildikten ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı olduğu aynı şirketler grubuna dahil bir başka işletmede, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan veya eşdeğerdeki başka bir işte veya bunların mevcut olmaması durumunda veyahut işçinin onayı alınmak koşuluyla, gerektiğinde daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı bulunmaması koşuluyla ancak gerçekleştirilebilir. Aynı maddenin devamında, işçinin başka bir işe yerleştirilmesi (çalıştırılması) amacıyla işçiye yapılan önerilerin yazılı ve açık olması, hükme bağlanmaktadır³⁸. Alman hukukunda da, aynı esaslar Federal Mahkemenin 1978 yılında verdiği bir ilke kararında açıklanmıştır: Bu karara göre, “*Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmaz olsun; veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır*”³⁹. Feshe Karşı Koruma Yasasının⁴⁰ birinci maddesinin 2.fıkrasına göre de, işverence yapılacak bir fesih işleminin sosyal açıdan haklı görülebilmesi için bunun, işçinin işyerindeki işini korumasını engelleyen “*kaçılmaz işyeri gerekleri*” nedeniyle yapılmış olması aranacaktır. Feshi gerekli kılan nedenlerin bu feshi “*sosyal açıdan haklı kılabilmesi*” için ise, “*adliyet*” koşulu aranacaktır. Öğretide baskın olan görüşe göre belirtilen bu düzenleme, Feshe Karşı Koruma hükümlerine egemen olan *ölçülülük* ilkesini esas almaktadır. Feshin *son çare olması (ultime remède)* ilkesi de kaynağını buradan

³⁶ Soc., 1 er avr. 1992 (Pélissier/ Supiot/ Jeammaud., 582, dn. 1)

³⁷ Couturier, 307; Pélissier/ Supiot/ Jeammaud., 582 vd; Géa, Le “Principe de l’ultime remède”, 268 vd; Le Goff, 883 vd.

³⁸ Mazeaud, D., Droit du travail, 2002, 410

³⁹ BAG 30.5. 1978 (Ulucan, İş Güvencesi, 43 ve dn. 16); aynı yönde: BAG., 7.12.1978 (Hohenadel / Profanter, Le licenciement pour motif économique, in “La rupture du contrat de travail en droits français et allemand”, 324 ve dn. 51).

⁴⁰ Bu incelemede söz konusu Yasanın Fransızca metni esas alınmıştır (bkz: [http:// WWW.Jura.uni-sb.de/BIJUS/arbeitsrecht/kschg/kschg1.htm](http://WWW.Jura.uni-sb.de/BIJUS/arbeitsrecht/kschg/kschg1.htm))

alır⁴¹. Alman Feshe Karşı Koruma Yasasının 1. maddesi, ultima ratio ilkesi kapsamında, işverenin yükümlülüklerini de düzenlemektedir. Buna göre, işçiyi aynı işyerinde başka bir işte veya işletmeye dahil başka bir işyerinde çalıştırma olanağının bulunduğu durumlarda, bu yola başvurmadan gerçekleştirilen fesih, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir (§1/2; ayrıca: §1/2.3).).

Hukukumuzda da, ultima ratio ilkesinin hukuki dayanağını, açık bir yasal düzenleme mevcut olmasa bile, incelediğimiz yabancı hukuklarda olduğu gibi, yine dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, söz konusu kural, bir ana ilke niteliğinde Medeni Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır*”. Bu ana ilke, “kişilerin sadece medeni haklarını ve hatta özel hakların değil, fakat bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde uymakla yükümlü oldukları genel bir ödevi belirler”⁴². Şu halde, İş Yasasının 18. maddesi hükmünde açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, işverence feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, MK. m. 2 hükmü dayanak yapılarak, her somut olayda yargıç tarafından araştırılabilecektir. Ayrıca, hukukumuzda, ultima ratio ilkesi, 4773 sayılı Yasa⁴³ ile 1475 sayılı İş Yasasının 13. maddesine ek olarak getirilen iş güvencesine ilişkin düzenlemenin madde gerekçesinde; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile sınırlı olarak belirtilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre, işyeri içi veya işyeri dışındaki nedenlerle fesih uygulamasına giderken “*işverenden beklenen, fazla çalışmalarını kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshin son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak feshin kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır*”⁴⁴. Görüldüğü gibi, madde gerekçesi, hem ultima ratio ilkesini, hem de bu ilkenin uygulanma esaslarını açıklığa kavuşturmuştur. 4857 sayılı İş Yasasının, geçerli fesih nedenlerini düzenleyen 18. maddesinde de feshin son çare olması ilkesine yer verilmemiş, konuya aynı maddenin gerekçesinde, yine Alman hukukundan esinlenilerek yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre, “*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshin son çare olarak bakmasıdır. Bu*

⁴¹ Hohenadel, U/ Profanter, M., Le licenciement pour motif économique (Die betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses), in “la rupture du contrat de travail...”, 324 ve dn. 51’de anılan Alman Federal İş Mahkemesinin 7.12. 1978 tarihli ilke kararı (AP Nr.6 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung); ayrıca bkz. **Ulucan**, İş Güvencesi, 43 vd ; **Engin**, 91.

⁴² **Akıpek J./Akıntürk**, T., Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2002, 173.

⁴³ “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (RG., 9. 8. 2002, 24847)

⁴⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, 4. Yasama Yılı, 127. Birleşim.

*nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılmalıdır*⁴⁵. Dikkat edilirse, bu gerekçede, 4773 sayılı Yasanın az önce açıklanan ilgili madde gerekçesinden farklı olarak, fesihden önce başvurulabilecek önlemlere yer verilmemiştir. Ancak her iki madde gerekçesi de, Alman hukukundan ve özellikle Alman Federal İş Mahkemesinin kararları örnek alınarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla, son çare ilkesi, verilen örnekleri de kapsayacaktır. Öte yandan, öğretide isabetle vurgulandığı gibi, ultima ratio ilkesi, Alman Hukukunda kabul edildiği gibi, işçinin performansı ve uyumu konularıyla sınırlı olarak, yetersizliğinden veya davranışından dolayı yapılacak fesihlerde de uygulanma kabiliyetine sahip olmalıdır⁴⁶. Şu halde, hukukumuzda da, belirtilen anlam ve uygulama esaslarıyla ultima ratio ilkesinin, işverence gerçekleştirilen geçerli fesih nedeninin yargıç tarafından denetimi açısından dikkate alınmasında hukuki zorunluluk bulunmaktadır. İşveren, fesihden önce, işçiyi başka işte çalıştırmak veya eğitime tabi tutarak yeni bir işe uyumunu sağlamak ve bu yollar denendikten sonra feshi son çare olarak düşünmek zorundadır⁴⁷. Aksi halde yapılan fesih geçersiz bir fesih sayılacaktır. Konunun İş Yasasının 18. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olması, böyle bir uygulamaya engel oluşturmamaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi, söz konusu ilkenin hukuki temeli, MK. m. 2'de de ifadesini bulan sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralları doğrultusunda ifa edilmesi esasına dayanmaktadır⁴⁸. Öte yandan, İş Yasasının 18. maddesinde anılan ilkeye yer verilmemiş olması, konuyla ilgili olarak bir yasal boşluğun varlığını gündeme getirebilecektir. Bu halde de, MK. m. 1 hükmü uygulanma alanı bulacaktır. Yargıç bu hükmü uygularken, yasama çalışmalarından ve özellikle madde gerekçelerinden de yararlanabilecektir. Bu noktada, az önce açıkladığımız İş Yasasının 18. maddesinin gerekçesi belirleyici olacaktır. Bu gerekçede ise, yasa koyucu, ultima ratio ilkesi konusundaki iradesini açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır. Nitekim, uygulamada Yargıtay, isabetli olarak, söz konusu madde gerekçelerini esas alarak, ultima ratio ilkesini somut uyuşmazlıklara uygulamaktadır⁴⁹. Yüksek Mahkeme, bu içtihadıyla uyumlu olarak, inceleme konusu

⁴⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı 1, C:7, S.Sayı:73, 13;

⁴⁶ Çelik, İş Güvencesi, İstanbul, 2003, 28

⁴⁷ Bkz. Çelik, 204; Aynı yazar, İş Güvencesi, 28; Ulucan, İş Güvencesi, 44; Engin, 91; Taşkent (Eyrenci- Taşkent-Ulucan), 137; Mollamahmutoğlu, 565. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 77-78.

⁴⁸ Bir Yazara göre, feshin son çare olması ilkesi, iş güvencesi sisteminde için bulunmaktadır (Engin, 90).

⁴⁹ Bu kararlara ilişkin toplu bir değerlendirme için bkz. Tepecik, İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu yayını, Eylül 2004, 152 vd; Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 77-78; Aynı Yazar, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) ilkesi.

yaptığımız kararında da, hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde ultima ratio ilkesini ve fesih açısından hukuki sonuçlarını, bir kez daha ve isabetli bir biçimde açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, “...İşletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihle başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilene...”. Böylece, ultima ratio ilkesi, geçerli nedenle feshin önemli bir unsur ve koşuluna da dönüşmüş bulunmaktadır. İşverenin işletmesel karar özgürlüğü, bu ilkeyi ve bu ilke kapsamında yargı denetimini de dışlamamaktadır.

b) Ultima ratio ilkesi kapsamında feshe seçenek oluşturan başlıca önlemler

Ultima ratio ilkesi kapsamında yapılacak bir yargısal denetim, doğal olarak, feshe alternatif oluşturacak önlemlerin belirlenmesini de zorunlu kılar. Ancak, söz konusu önlemlerin sınırlı sayı esasına dayandırılması olanağı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, konuya ilişkin temel ilkelerin belirlenmesi ve feshe alternatif olarak, işçinin işyerindeki işini korumasını sağlamaya yönelik ve işverence alınması gerekli başlıca önlemlerin açıklığa kavuşturulması, uygulama açısından da önem taşıyacaktır. Daha önce vurgulandığı gibi, ultima ratio ilkesi uyarınca yapılacak yargı denetimi, fesihte keyfilikğin önlenmesi ve işçinin işyerindeki işini koruması temel amacına yönelik bulunmaktadır. Ancak bu denetim yapılırken, işletmesinin ekonomik geleceği için işverenin değişik seçeneklerden birisini esas alması konusundaki yönetim yetkisi de tümüyle ortadan kaldırılmamalıdır. Bu nedenle, geçerli nedenle yapılan fesihlerin işverenin keyfi bir kararına dayanmaması ve bu arada işverenin yetkisinin de tehlikeye düşürülmemesi esasına dayalı, özellikle genel ve soyut formüllerden arınmış bir denetim sisteminin de oluşturulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Bu çerçevede, özellikle geçerli fesih nedeni ile işçinin işyerindeki işi arasında bir illiyet bağının mevcudiyeti önem taşıyacaktır. Asıl olan, işverenin makul ölçüler içinde, belirtilen nitelikteki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işinin artık gereksiz hale gelmiş olmasıdır⁵⁰. Yargıtay kararında da, işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir nedenin varlığından söz edilebileceği ifade edilmiştir. Bu ise, objektif nedenle işçinin işi arasında illiyet bağının kurulmuş olması anlamına gelmektedir.

İşverenin, fesihten önce başvurabileceği önlemler, genel olarak somut olaya uygun ve işverenin olanakları dahilindeki tüm seçenekleri kapsar. Bunların başında, hiç kuşkusuz, işverenin istihdamda olumsuzluk yaratan uygulamalardan kaçınması ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik önlemleri alması gelmektedir. Örneğin, hukukumuzdaki düzenlemelere de esin kaynağı olan Alman hukukunda yargı kararlarıyla benimsenen esaslara göre, kısmi çalışma

⁵⁰ Hohenadel/ Profanter, Le licenciement pour motif économique, 324.

esasının benimsenmesi, fazla çalışmaların kaldırılması, işyeri genelinde çalışma süresinin azaltılması, işverenin feshiden önce başvurabileceği önlemler olarak kabul edilmektedir. İşyeri gerekleriyle işten çıkarma ile ulaşılması hedeflenen sonuca, fesih dışındaki nedenlerle ulaşılp ulaşamayacağı hususundaki takdir yetkisi yargıca ait bulunmaktadır⁵¹. Ultima ratio ilkesinin kavradığı ve Alman hukukunda, öğreti ve yargı kararlarıyla benimsenmiş bu esasların, hukukumuz açısından da benimsenmesi gerekir. Nitekim, yukarıda açıklandığı gibi, 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Yasasının 13. maddesine eklenen m. 13/A hükmünün gerekçesinde de aynı esaslar yinelenmiş ve Yargıtay da bu dönemde verdiği bazı kararlarında, bu hususları açıklığa kavuşturmuş bulunmaktaydı. Bu konudaki bir karara konu uyuşmazlıkta işveren, iş sözleşmesinin feshinde; talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan nedenlere dayanmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, "...Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken özellikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısaca **fesih en son çare olarak düşünülmelidir**. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı, aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmaktadır..."⁵². Yüksek Mahkeme, 4857 sayılı İş Yasasının 18. maddesi hükmüne uygun olarak verdiği kararlarında da bu görüşünü sürdürmüştür. Örneğin, Yüksek Mahkemenin 27.10.2003 tarihli kararında⁵³; "...4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesinin en önemli nedenlerinden biri feshin en son çare olarak düşünülmesidir. İşyeri dışından kaynaklanan talep ve sipariş azalması alacakların taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi gibi nedenler varken öncelikle temsil ve tanıtma giderleri, temsil edenlere ayrılan telefon ücretleri ve bu gibi benzeri giderlerde tasarrufa gidilmeli, fesih son çare olmalıdır. Somut olayda davalı Birlik bu tür uygulamalara başvurmamış, aksine giderleri arttırıcı ve yeni personel istihdamı kararları almıştır. Somut bu olgulara göre, işverence gerçekleştirilen feshin, geçerli bir nedene dayanmadığı ..." sonucuna varılmıştır. Yargıtay 9. HD.nin 29.12.2003 günlü kararına⁵⁴ göre de, " fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda, istihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği arttırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmamış aksine işçi

⁵¹ **Hohenadel/ Profanter**, aynı yer.

⁵² Yarg. 9. HD., 8.7. 2003, E. 2003/12442, K. 2003/ 13123, Çimento İşv. D., Ağustos 2003, 30 vd. ve kararı isabetli bulan bir değerlendirme: **Tepecik**, Yargı Kararları, 152; aynı yönde: Yarg. 9. HD., 6.6.2003, E.2003/12442, K.2003.

⁵³ E. 2003/18257, K. 2003/ 17985, **Tepecik**, Yargı Kararları, 153.

⁵⁴ E.2003/23204, K. 2003/ 22988, İşveren D., Şubat 2004, 16 vd; ayrıca bkz. Yarg. 9. HD.,10.11.2003, E.2003/ 18926, K.2003/18920, işveren D., Aralık 2003,21-22.

istihdamından kaynaklanmayan gider arttırıcı uygulamalara neden olmuştur./ Dairemizce, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmış ve 4857 Sayılı İş Kanununun 20/3 maddesi uyarınca... işverence yapılan feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE... oybirliği ile karar verildi.". Yüksek Mahkemenin ultima ratio ilkesinin anlamını ve uygulanma esaslarını açıklığa kavuşturan başka bir kararında⁵⁵ şu ifadeler yer verilmiştir: "...Belirtmek gerekir ki söz konusu 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerinin gerekçesinde de açıklandığı üzere, işçi çıkarma uygulamasına giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası feshin en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda davalı işverenin bu tür uygulamalara baş vurmadığı, aksine işyerinde çalışan kıdemi fazla olan kadrolu işçileri topluca işten çıkardığı, asgari ücretle çalışmayı kabul edenleri tekrar işe aldığı, davalının zarar etmediği, işyerinde üretimin aralıksız devam ettiği, fabrikanın herhangi bölümünde üretimin durmadığı aksine, davacının hizmet akdinin feshinden sonra dahi üretimin aralıksız devam ettiği, davacının çalıştığı bölüm dahil hiçbir bölümün kapanmadığı, ayrıca T. İş Sendikasının şikayeti üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişlerinin dosya içerisine sunulan raporunda ve Adana Bölge Müdürlüğünün 9.4.2004 tarih ve 5473 sayılı dosya içerisindeki yazılarda, toplu çıkartılacak işçilerin bildirilen işçi sayısından fazla çıkartıldığı, üretime yardımcı işler dışında da taşeron sözleşmesi yapılarak taşeron işçilerinin çalıştırıldığı, işçi çıkartmaların yanı sıra işçi alımlarının da yapıldığı hususlarının sayısal olarak da tespit edildiği, emsal seri dosyalarda bu nedenlerle feshin geçersizliğine karar verildiği, bütün toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde, feshin geçerli nedenlere dayanmadığı anlaşılmaktadır. Feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir. Mahkemece yazılı gerekçe ile ret kararı verilmesi hatalıdır. Benimsenen bu çözümün, ayrıntılı olarak açıkladığımız ultima ratio ilkesi ve Yüksek Mahkemenin aynı konuda daha önce verdiği kararlarla uyum içinde bulunduğu, sonucuna varılacaktır. Yüksek Mahkeme, inceleme konusu yaptığımız bu son kararında da, aynı görüşünü sürdürmüştür. Buna göre, "... *işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı varsa iken feshin başvurulmaması gerekir. Kısaca, 'fesih son çare olmalıdır' (ultima ratio ilkesi gözetilmelidir)*".

Ultima ratio ilkesinin işçinin işyerindeki işini koruması yönünde işveren açısından beraberinde getirdiği diğer önemli bir yükümlülük, *işçiyi işyerinde başka bir işte çalıştırmaktır (işverenin işçiyi işyerinde başka bir iş verme yükümlülüğü)*. Sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde başka bir birimde istihdamı olanaklı olmasına karşın, bu olanağa başvurulmadan sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi

⁵⁵ Yarg. 9. HD., 8.11. 2004, E. 2004/ 12698, K. 2004/25058, Legal İSGHD., 5/2005, 278 vd.

halinde, yapılan fesih, geçersiz bir feshin hukuki sonuçlarını doğuracaktır.. Söz konusu bu yükümlülüğe bağlı olarak ve bunun uygulanması açısından başka yükümlülükler de ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, *işçinin işe ve işyerine uyumunu sağlama*, diğeri ise işverenin, belirtilen uyumu sağlamak amacıyla, işçiye *eğitim verme* yükümlülüğüdür. Yabancı hukuklar incelendiğinde, örneğin Fransız hukukunda, belirtilen bu esaslar, yukarıda açıklandığı gibi, önce Yargıtay kararlarıyla benimsenmiş, daha sonra ise yasa koyucu tarafından pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Gerçekten, Fransız İş Kodunun, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları düzenleyen L.321-1.maddesine, 19 Aralık 2001 tarihli bir yasa ile üçüncü bir fıkra hükmü olarak eklenen hükme göre, ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshi işlemi, işçinin eğitimi (formation) ve başka bir işe uyumu (adaptation) için tüm çabalar gösterildikten ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı olduğu aynı şirketler grubuna dahil bir başka işletmede, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan veya eşdeğerdeki başka bir işte veya bunların mevcut olmaması durumunda, işçinin onayı alınmak koşuluyla, gerektiğinde daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı bulunmaması koşuluyla ancak gerçekleştirilebilir⁵⁶. Alman Feshe Karşı Koruma Yasasının 1. maddesi, ultima ratio ilkesi kapsamında, işverenin feshe gitmeden önce ve doğal olarak feshi önlemek amacıyla , işverenin ne tür yükümlülüklerinin bulunduğunu da düzenlemektedir. Buna göre, özel hukuka tabi işletmelerde, işçiyi aynı işyerinde başka bir işte veya işletmeye dahil başka bir işyerinde çalıştırma olanağının bulunduğu durumlarda, bu yola başvurmadan gerçekleştirilen fesih, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir (§1/2). Kamu hukukuna tabi işletme ve kamu kurumlarında da, işçinin aynı serviste başka bir görevde veya aynı kamu kurumunun, aynı çevre bölgedeki birim dahil olmak üzere, aynı yerdeki başka bir servisinde (veya hizmet biriminde) istihdamı olanaklı olmakla birlikte, feshe başvurulması halinde bu fesih işlemi, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir. Aynı maddeye göre, söz konusu kural, kabul edilebilir mesleki değişim veya eğitim veyahut işçinin onayını almak koşuluyla, başka koşullara tabi olarak işçinin çalıştırılmasının olanaklı olması halinde de uygulanma alanı bulacaktır (§1/ 2.3). Bu kural, ekonomik nedenler yanında işçiye yönelik (işçinin kişiliği veya davranışları) fesihleri de kapsamaktadır^{57,58}. İşveren için Yasanın öngördüğü yükümlülüğün doğması için, sözleşmesi feshedilmek istenen işçinin yapabileceği bir başka işin mevcut olması veya fesih bildirim süresinin bitimine kadar böyle bir işin boşalacağıının kesinlik kazanmış olması aranmaktadır. İşçi, işverenden, yeni

⁵⁶ Bkz. Pélissier /Supiot/ Jemmaud., 582 vd.

⁵⁷ Bkz. Dymke, Le licenciement pour motif personel et maladie du salarié, 223-224; **Ulucan**, İş Güvencesi, 43 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

⁵⁸ BAG, 30.5.1978 AQP Nr.70 zu 6626 BGB (**Ulucan**, İş Güvencesi, 43 ve dn.16'dan naklen)

bir iş yaratmasını talep edemez. Bunun gibi, işveren, başka bir işçiyi işten çıkararak, iş sözleşmesini feshetmek istediği işçiye iş bulmak zorunda da değildir. İşverenin üzerinde durduğumuz bu yükümlülüğü, Feshe Karşı Koruma Yasasının 1. maddesinin 3. fıkrasında, ekonomik nedenlerle işten çıkarmalarda işveren için öngörülen, “sosyal ölçüt” yükümlülüğünden de bağımsızdır. İşçiye başka bir iş verme yükümlülüğü, örneğin yapmakta olduğu işteki yetersizliği saptanan işçinin, diğer işçilerin çıkarlarına zarar vermemek koşuluyla, işyerinde veya işletmede çalışmaya devam edip edemeyeceği sorusuna yanıt verme amacına yöneliktir. Kural olarak, işçinin yapmakta olduğu iş ile karşılaştırılabilecek işler için bu araştırma yapılacaktır. İşçinin daha alt kategorideki bir işte çalıştırılması da, Yasanın 2. maddesinde öngörülen değişiklik feshine ilişkin kurallara uymak koşuluyla, olanaklıdır. İşçi, işverenden, daha yüksek ücret ödenen bir işi kendisine önermesini talep hakkına sahip değildir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, bir işçinin iş ilişkisinin devamlılığı, bu işteki yetersizliği saptandığına göre, çoğu kez, çalışma koşullarında değişiklik ile olanaklı hale gelebilecektir⁵⁹.

Ultima ratio ilkesinin, hukukumuzda da kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucu olarak, işverenin, iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshetmek istediği işçiyi, başka bir işte çalıştırma olanaklarını araştırma ve bunları işçiye önerme yönünde bir yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan fesih, geçerli bir neden mevcut olsa bile, ultima ratio ilkesinin ihlali nedeniyle geçersiz bir feshin hukuki sonuçlarına tabi olacaktır. İşverenin bu yükümlülüğü, hem işçinin yetersizliğinden veya işe uyum güclüğü hallerinde, hem de işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih hallerinde uygulanma alanı bulacaktır⁶⁰. Örneğin, belirli bir işteki yetersizliği saptanan işçinin, başka bir işte daha başarılı olabileceği ve böyle bir işin varlığı da söz konusu ise, bu yönde işçiye öneri yapılmadan fesih yoluna gidilmesi halinde geçersiz bir fesih söz konusu olacaktır. Bunun gibi, işverenin işyerinde yeni teknolojileri uygulaması veya üretim konusunu değiştirmesi halinde, fesih yoluna gitmeden, işçiye bu yeni teknolojiye uyumunu sağlayıcı bir eğitim vererek iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama yükümlülüğü söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, burada, genel anlamıyla bir mesleki eğitim değil; işçinin kısa bir sürede alabileceği nispeten basit bir eğitim söz konusudur. Bu eğitim sayesinde işçi, yeni makinaya veya yeni üretim tekniğine uyum sağlayabilecek ve işyerindeki işini koruyabilecektir. Bunun dışında, işçinin, işverenden uzun süreli ve pahalı bir mesleki eğitim talep hakkı bulunmamaktadır⁶¹. Buna karşılık, işverenin işçinin

⁵⁹ Dymke, Le licenciement pour motif personel et maladie du salarié, 224 ve dipnotlarında konuya ilişkin olarak belirtilen Federal İş Mahkemesi kararları.

⁶⁰ Çelik, İş Güvencesi, 28; Demir, F., İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir, 2003, 135.

⁶¹ Ayrıca bkz. Engin, 94.

işine ve işyerine uyumunu sağlama yükümlülüğü, ultima ratio ilkesi bağlamında, geçerli fesih nedeni üzerinde yargı denetimi aşamasında belirleyici olacaktır. Nitekim, değerlendirme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da, belirtilen bu esaslar çok açık ve isabetli bir biçimde ortaya konulmuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe, diğer önlemler yanında, “*işçiyi başka bir işte çalıştırarak*” ya da “*meslek içi eğitime tabi tutarak*” ulaşma olanağı var ise, ultima ratio ilkesi gereği, feshe başvurulmamalı, fesih son çare olmalıdır.

Sonuç olarak, Yargıtay 9. HD., inceleme konusu yaptığımız bu kararıyla; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan ve çoğu kez işverenin işletmesel karar yetkisine dayanan geçerli fesih nedenleri üzerinde yargı denetimi konusunda, çok önemli ilkeleri açıklığa kavuşturmakla yetinmemiş, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dinamiğini oluşturan ve bu hükümlerin etkinliği açısından belirleyici bir işleve sahip bulunan ultima ratio ilkesine de, çağdaş iş hukukunun gereklerine yanıt verebilecek bir anlam kazandırmış bulunmaktadır.