

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK VE ALMAN İŞ HUKUKUNDA İŞYERİ, İŞLETME VE**  
**İŞİN GEREKLERİ İLE FESİH VE ÖZELLİKLE**  
**SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**  
**DİLEK ÜNLÜ**  
**(1210030033)**

**Anabilim Dalı: Özel Hukuk**

**Programı: Özel Hukuk-Alman - Türk Uluslararası Ekonomi Hukuku**

**Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu**

**OCAK 2016**

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK VE ALMAN İŞ HUKUKUNDA İŞYERİ, İŞLETME VE  
İŞİN GEREKLERİ İLE FESİH VE ÖZELLİKLE  
SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ  
DİLEK ÜNLÜ  
(1210030033)**

**Anabilim Dalı: Özel Hukuk  
Programı: Özel Hukuk- Alman - Türk Uluslararası Ekonomi Hukuku**

**Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu  
Jüri Üyeleri: Yrd. Doç. Dr. Cemil Simil  
Öğr. Gör. Dr. Gizem Sarıbay Öztürk**

**OCAK 2016**

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ .....	7
KISALTMALAR.....	8
GİRİŞ.....	10

## BİRİNCİ BÖLÜM

### İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ

#### I. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME HALLERİ

A. Ölüm.....	11
1. İşçinin Ölümü.....	11
2. İşverenin Ölümü.....	12
B. İkale.....	13
C . Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Sürenin Dolması.....	14
D. Fesih.....	18

#### II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE DERHAL FESHİ

A. Genel Olarak Haklı Nedenle Derhal Fesih Kavramı .....	19
B. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması.....	22
1. Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkının Kullanılma Süresi.....	22
2. Fesih Beyanının Karşı Tarafa Yöneltilmesi ve Beyan Şekli.....	25
C. Haklı Nedenle Feshin Hüküm ve Sonuçları.....	25
D. Haklı Nedene Dayanmayan Feshin Hukuki Niteliği ve Hükümü (Haksız Fesih).....	27
1. Haksız Fesih Kavramı.....	27
2. Haksız Feshin Hukuki Sonuçları.....	28
a) Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi.....	28
b) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde Haksız Fesih .....	29

### III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESİH YOLUYLA SONA ERDİRİLMESİ

A. Süreli Fesih Hakkı.....	30
B. Bildirim Süreleri (İhbar Önellere).....	32
C. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması .....	37
1. Fesih Beyanının Özellikleri ve Şekli .....	37
2. Fesih Bildirim Süresi İçerisinde İş Arama İzni.....	39
3. Bildirim Süresine İlişkin Ücretin Peşin Ödenmesi Yoluyla Fesih.....	40
4. Bildirim Süreleri Kullandırılmaksızın Sözleşmenin Usulsüz Feshi.....	41

### IV. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESHİ

A. Genel Olarak İş Güvencesi Kavramı ve Kapsamı.....	44
1. İş Güvencesi Kavramı.....	44
2. İş Güvencesinin Kapsamındaki İşçilere Sağlanan Koruma.....	46
3. İş Güvencesi Hükümlerinin Kapsamı.....	47
a) İş Kanunu Veya Basın İş Kanunu Kapsamında İşçi Olmak.....	47
b) İşyerinde Otuz Veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılması.....	48
c) İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması.....	52
d) Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak.....	54
e) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışmak.....	56
B. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Feshinde Uyulması Gereken Fesih Usulü.....	56
1. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması.....	57
2. Fesih Nedeninin Açık ve Kesin bir Şekilde Belirtilmesi.....	57
3. İşçinin Savunmasının Alınması.....	58
4. Fesih Hakkının Makul Bir Süre İçinde Kullanılması.....	61

## İKİNCİ BÖLÜM

### “İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI”

I. GENEL OLARAK .....	63
II. İŞÇİDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ.....	64
A. Türk İş Hukukunda İşçiden Kaynaklanan Geçerli Nedenler .....	64
1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler.....	64
a) Fiziki Yetersizlik.....	66
aa) Sık Sık Hastalanma.....	67
ab) İşçinin Yaşlılığı ve Emekliliği .....	67
b) İşçinin Mesleki Yetersizliği .....	69
ba) Performans Düşüklüğü.....	69
bb) Yetersizliğin Değerlendirilmesi.....	70
2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenler.....	72
B. Alman İş Hukukunda İşçiden Kaynaklanan Geçerli Nedenler.....	74
1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri.....	74
2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri .....	79
a) Geçerli Fesih Sebebi Teşkil Eden Davranış.....	80
b) İhtar (Abmahnung).....	84
C. İşçinin Yetersizliği Ve Davranışlarından Kaynaklanan Fesih Nedenlerinin Ayrımı....	85
III. İŞLETME GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN FESİH SEBEPLERİ.....	86
A.Genel Olarak.....	86
B. Türk İş Hukukunda İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekerinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler.....	86
1. İşletme Dışı Sebepler.....	87
a) Genel Olarak .....	87

b) İşletme Dışı Geçerli Fesih Nedenlerine Örnek Haller.....	87
2. İşletme İçi Sebepler.....	89
a) Genel Olarak .....	89
b) İşletme İçi Fesih Nedenlerine Örnek Haller.....	90
ba) Çalışma Yöntemlerinde Değişiklik.....	90
bb) İşyerinin Küçülmesi, İş Türlerinin Azaltılması veya Bazı Bölümlerin Kapatılması.....	91
bc) Yeni Teknoloji.....	91
c) İşçinin İşinin Ortadan Kalkması Veya İşgücü Fazlasının Ortaya Çıkması.....	92
3. İşletmesel Karar.....	92
4. Feshin Geçerliliğinin Denetimi.....	93
5. Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio).....	95
a) Genel Olarak .....	95
b) Fesihden Önce Başvurulabilecek Önlemler.....	97
C. Alman İş Hukukuna Göre İşyerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri .....	98
1. Acil İşletmesel İhtiyaç (“Dringende betriebliche Erfordernisse”).....	99
a) İşletmesel Karar.....	99
b) İşletme İç ve Dış Sebepleri.....	100
2. Sosyal Seçim Kriterleri.....	101
3. Haksız İşten Çıkarılmaya Karşı Açılan Davalarda Açıklama Ve İspat Yükümlülüğü.....	102

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### “TÜRK VE ALMAN İŞ HUKUKUNA GÖRE SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ”

I. SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ.....	105
A. Türk İş Hukuku Açısından Genel Olarak Sosyal Seçim Ölçütleri.....	105
B. Alman İş Mahkemelerinde Yerleşmiş Olan Uygulama.....	106

1. Genel Olarak .....	106
2. Sosyal Seçime Başvuru İhtiyacı ve Sosyal Seçimin İşlevi.....	108
3. Sosyal Seçimin Aşamaları.....	109
a) Genel Olarak .....	109
b) Karşılaştırılabilir İşçilerin Seçimi .....	110
c) İstisna Tutulanlar.....	112
ca) Başarılı İşçiler.....	113
cb) Dengeli Bir Personel Yapısının Sürdürülmesi .....	114
<b>II. İŞ SÖZLEŞMESİ FESHEDİLECEK İŞÇİNİN BELİRLENMESİNDE SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ.....</b>	<b>115</b>
A. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda Düzenlenen Sosyal Seçim Kriterleri .....	115
1. Kıdem.....	116
2. Yaş.....	117
3. Bakım Yükümlülüğü .....	118
4. Ağır Sakatlık/Engellilik.....	120
B. Türk İş Hukukunda” <i>Sosyal Seçim Ölçütleri</i> ”ne İlişkin Değerlendirmeler.....	121
1. Yargıtay’ın Konuya Yaklaşımı .....	121
2. Öğretinin Görüşü ve Değerlendirme .....	125
C. Türk İş Hukuku Açısından “ <i>Sosyal Seçim Ölçütlerine</i> ” Öneriler.....	129
1. Karşılaştırılabilir İşçilerden Oluşturulacak Bir Grup .....	130
2. Sosyal Seçim Ölçütleri .....	131
3. İspat Yükü ve Sosyal Seçime Aykırılığın Yaptırımı .....	133
<b>III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME .....</b>	<b>134</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>135</b>

## ÖNSÖZ

*“Türk ve Alman İş Hukukunda İşyeri, İşletme Ve İşin Gereklere İle Fesih Ve Özellikle Sosyal Seçim Ölçütleri”* isimli bu çalışma, T. C. İstanbul Kültür Üniversitesi'nin “Türk, Alman ve Uluslararası Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı” kapsamında hazırlanmıştır.

*Öncelikli olarak İş Hukukundaki iş sözleşmesinin sona erme halleri ve fesih türlerine ilişkin genel açıklamalarda bulunulmuş, ardından işyeri, işletme ve işin gereklere ile fesih nedenlerine ve bu sebeplerin geçerli fesih nedeni teşkil etme özelliklerine değinilerek mukayeseli olarak Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki “Sosyal seçim ölçütleri” ne dair düzenlemelere yer verilmiştir.*

**Dilek Ünlü**

**18.01.2016**



## KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (Fıkra)
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Eşit Muamelede Bulunma Yasası)
AP	: Arbeitsrechtliche Praxis (İş Hukuku Uygulaması)
ArbG	: Arbeitsgericht (İş Mahkemesi)
Aufl.	: Auflage (Baskı)
BAG	: Bundesarbeitsgericht (Federal İş Mahkemesi)
BAGE	: Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Federal İş Mahkemesi Kararı)
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz (İşletme Kanunu)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Medeni Kanunu)
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Anayasa Mahkemesi)
EMRK	: Europäische Menschenrechtskonvention (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)
EU	: Europäische Union (Avrupa Birliği)
EzA	: Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (İş Hukukuna ilişkin karar toplaması)
GG	: Grundgesetz (Federal Anayasa)
ILO	: International Labor Office (Uluslararası İş Örgütü)
KSchG	: Kündigungsschutzgesetz (Feshe Karşı Koruma Kanunu)
LAG	: Landesarbeitsgericht (Eyalet İş Mahkemesi)

NJW	: Neue Juristische Wochenzeitschrift (Haftalık Yeni Hukuk Dergisi)
Nr.	: Nummer (Sayı)
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Yeni İş Hukuku Dergisi)
Par.	: Paragraph (Madde)
Rn.	: Randnummer (Kenar numarası)
S.	: Satz (Cümle)
Schwbg	: Schwerbehindertengesetz (Engellilik Yasası)
SGB	: Sozialgesetzbuch (Sosyal Güvenlik Kanunu)
TzBfG	: Teilzeit- und Befristungsgesetz (Kısmı ve Belirli Sürelı Çalışma Kanunu)

## GİRİŞ

Genel olarak “İş sözleşmesi, taraflarca ücret ödeme ve karşılığında bir iş görme borcu yükleyen sürekli edim ilişkisi doğuran bir sözleşme türüdür”. Anayasa’nın da güvence altına almış olduğu “Sözleşme özgürlüğü ilkesi” gereğince, taraflar iş sözleşmesini kurma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve iş sözleşmesini sona erdirebilme hakkına sahiptirler. Ancak bilindiği üzere, İş Hukuku’nun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle, sözleşme serbestisi ilkesine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Çalışmamızda Türk İş Hukuku’nda iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona ermesi koşulları ele alınmış ve özellikle işletmesel gerekliliklere dayalı fesihlerde, işverenin hangi kriterlere dayanarak işçileri arasından seçim yapıp, bir veya daha fazla işçinin işine son vermesi gerektiği incelenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda işletme gereklerine dayalı yapılan fesihlerde, sosyal olarak güçsüz tarafın korunması amacıyla “Sosyal Seçime” ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nda (Kündigungsschutzgesetz = KSchG) öngörülmüş olan ve işletme gereklerine dayalı fesihlerde uygulanan (Par. 1/3 KSchG) “Sosyal Seçim Ölçütleri” incelenmiş ve Türk İş Hukuku’nda bu tür bir düzenlemenin önemine yer verilmiştir.

Her ne kadar Türk İş Hukuku’nda Alman Hukuku’nda düzenlenen “Sosyal Seçim Ölçütleri” ne benzer açık hüküm bulunmasa da, “Feshin Son Çare Olma İlkesi”, “Ayrımcılık Yasağı”, “Gözetim Borcu”, “Dürüstlük/Eşitlik İlkesi” vb. kıstaslar ışığında ve Yargıtay’ın özellikle bu dönemde sıkça sosyal seçim ölçütlerine değinmesi sebebiyle, 2005-2006 yılları arasında vermiş olduğu kararlar doğrultusunda işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde ne tür bir uygulamaya gidildiği incelenmeye çalışılmıştır.

Araştırmamızda, Türk İş Hukuku’nda güncel durum açısından “Sosyal Seçim Ölçütlerine” ilişkin düzenlemelere ihtiyacının olup olmadığı, Yargıtay’ın belirtmiş olduğu “Hukuken korunabilir bir seçim” ile işverene işyeri gereklerine dayalı fesihlerde, daha esnek seçme özgürlüğü tanınmış olmasının “Yapılan feshi sosyal bir seçim” haline getirip getirmediği soruları üzerinde yoğunlaşılacaktır. Belirtilen sorulara ilişkin değerlendirmelerde bulunurken öğretici görüşleri ve yargı kararlarından da yararlanılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ

#### I. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

##### A. Ölüm

Genel olarak iş sözleşmesinin fesih dışında sona erme halleri arasında işçinin veya işverenin ölümü sayılmaktadır.

##### 1. İşçinin Ölümü

İş sözleşmesi, işçinin şahsına ve kabiliyetine dayalı olarak yapılan sözleşme olduğu için, işçinin ölümü ile iş sözleşmesi “*Kanundan doğan bir kendiliğinden sona erme halidir*”.<sup>1</sup> Borçlar Kanunu’nun 440. maddesinin ilk cümlesine göre “*Sözleşme işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer*”. Böylece işçinin ölümüyle iş sözleşmesinin sonlandırılmasında işçinin mirasçıları veya işverenin herhangi bir fesih bildiriminde bulunması gerekmez. Bu kural hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından geçerlidir.<sup>2</sup>

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 440. maddesinin ikinci cümlesi ile ilk defa işçinin ölümü ile işverene geride kalanlara ödemede bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>3</sup> Bununla beraber işçinin mirasçıları işverenden kıdem tazminatı talep etme hakkına sahiptirler. Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolmasına az bir zaman kalmış olsa dahi, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz. Zira işçinin ölümü ile birlikte mirasçılarına bir aylık veya hizmet ilişkisi beş yıldan fazla sürmüş ise iki aylık ücret talep etme hakkı doğmaktadır (BK 440/c.2). İşçinin ölümüyle hak edilen bu tür tazminatta, 1475 sayılı Kanunu’nun 14. maddesinde kıdem tazminatına ilişkin düzenlemede olduğu gibi, herhangi bir kıdem süresi aranmamakta ve mirasçılar yerine işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına veya bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödeme yapılması hüküm altına alınmıştır.

---

<sup>1</sup> Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayın, İstanbul 2014, 255 vd.; Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Turhan kitapevi, Ankara 2014, 6. Baskı, 789 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, 10. Baskı, 508.

<sup>2</sup>Bozkurt Gümükçüoğlu, Yeliz, Yeliz, Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli, İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 283; Güneş, Başak / Mutlay, Faruk Barış, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi; Çalışma ve Toplum 2011/3 (30); s.273 vd.

<sup>3</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 790-791.

Alman İş Hukuku mevzuatına bakıldığında ise, işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin akıbetine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Burada Alman Medeni Kanunu'nun 613. maddesinin 1. cümlesinde “*İşçi taahhüt etmiş olduğu edimini şahsen ifa etmekle yükümlüdür*”<sup>4</sup> hükmünden yola çıkarak, işçinin ölümü ile birlikte iş sözleşmesinin kendiliğinden ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Yine Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, sadece geçmişe yönelik kazanılmış haklara ilişkin mirasçılar ücret talep etmek hakkına sahiptirler.<sup>5</sup>

## 2. İşverenin Ölümü

Kural olarak, “*Gerçek kişi olan işverenin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez ve sözleşmeden doğan hak ve borçlar işverenin mirasçılarına geçer*”. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun 441/1 maddesi uyarınca işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.<sup>6</sup> Böylece işçi, iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını işverenin mirasçılarında talep edebilir; ayrıca sözleşmeden doğan iş görme borcunu da mirasçılara karşı ifa etmek zorundadır. Şayet işverenin mirasçıları iş ilişkisini devam ettirmek istemezler ise, iş ilişkisi ancak sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda gösterilen koşullar altında sonlandırılabilir. Ancak kanun koyucu buna bir istisna getirmiştir; buna göre iş sözleşmesinin “*Ağırlıklı olarak işverenin kişiliğinin dikkate alınarak kurulmuş olması*” durumunda, işverenin ölümü ile iş sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir.<sup>7</sup> Bu durumda işçinin bir zarara uğramaması için Borçlar Kanunu'nun 441/2. maddesine göre, “*Mirasçılardan hakkaniyete uygun tazminat isteme hakkı*” tanınmıştır.

Alman İş Hukukunda da işverenin ölümü – aksi kararlaştırılmamışsa - iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Her ne kadar Alman Medeni Kanunu'nun 613. maddesinin 2. cümlesinde “*İhtilaf halinde şahsi ifa yükümlülüğü devredilmez olduğu* (Unübertragbarkeit)”<sup>8</sup> belirtilmiş olsa da, işverenin ölümü ile mirasçıları veya miras ortakları “*yeni işveren*” olarak iş sözleşmesine taraf olmaktadır (im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, Par. 1922/1 BGB). Bundan dolayı iş ilişkisi işverenin ölümü ile birlikte mirasçılara geçmektedir. İstisnai olarak –

<sup>4</sup> Par. 613, S. 1 BGB: *Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten.*

<sup>5</sup> Ansheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, 4. Auflage 2012, Rn 5, 12; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Müller-Glöge), 16. Auflage 2016, Rn. 35.

<sup>6</sup> Güneş/Mutlay, 274 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 257.

<sup>7</sup> Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayın , 27. Bası 2014, s. 257 vd.

<sup>8</sup> Par. 613, S. 2 BGB: *Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.*

Türk İş Hukukunda da olduğu gibi - işverenin salt şahsına bağlı olarak ifası gereken işlerde, iş sözleşmesi işverenin ölümü ile sona ermektedir, örn. özel sekreter, hasta bakıcısı vs. gibi.<sup>9</sup>

## B. İkale

Sözleşme serbestisi kapsamında, taraflar anlaşmalı olarak iş sözleşmesini her zaman sona erdirebilirler. Bu bağlamda iş sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olması önemli değildir ve tarafları belirli süreli iş sözleşmesinin bitiş tarihini beklemeksizin ortak iradeye dayalı olarak, sözleşmeyi sonlandırabilirler. İş sözleşmesinin sona erdirme anlaşması hem açık hem de örtülü olarak yapılabilir ve ayrıca yazılılık şartı aranmaz.<sup>10</sup>

Anlaşma yoluyla taraflarca sonlandırılan iş sözleşmesi *bir tür fesih* anlamını taşımamaktadır. Fesih tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran hak olarak tanımlanırken, ikale karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin örtüşmesi ve birleşmesiyle meydana gelmektedir. İş akdinin fesih yoluyla sonlandırılması ile ikale yoluyla sonlandırılması farklı hukuki sonuçları doğurmaktadır. Örneğin işveren tarafından yapılan fesihlerde işçi lehine doğacak haklar ile iş güvencesi kapsamındaki hükümler, ikale yoluyla sonlanan iş sözleşmelerinde uygulanmaz ve aslında ikale yoluna başvurulması çoğunlukla işveren yararınaadır.<sup>11</sup>

Sonuç itibariyle iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi, taraflara - karşılıklı rızaya dayalı olarak – herhangi bir süre gözetmeksizin, sözleşme bağından kurtulma imkanını vermektedir. Ancak ikale anlaşmasının yazılılık şartına bağlanmış olmaması, işçi aleyhine bir durum oluşturmaktadır. Çünkü ikale anlaşmasıyla, iş ilişkisinin sonlandırma tarihi, işçiye tarafların hak ve borçları bildirme fonksiyonu ve ayrıca dava esnasında ispat niteliği taşıyan bir belge oluşturmaktadır. Özellikle de işçiye baskı (hata, hile ve ikrah) yoluyla dayatılan ikalenin yazılı olmaması, işçi aleyhine bir durum teşkil etmektedir.<sup>12</sup>

Alman İş Hukukunda ikale anlaşmasına (Aufhebungs- oder Auflösungsvertrag) ilişkin benzeri bir uygulama görülmektedir. Türk İş Hukukundan farklı olarak Alman Medeni Kanunu'nun 623. maddesinde ikale anlaşmasının geçerli olabilmesi için yazılılık şartı arandığı açıkça ifade edilmektedir. Zira her iki tarafın da yazılı olarak yapılan ikaleyi tam manada anladığını ve

---

<sup>9</sup> Ansheid/Preis/Schmidt, Rn. 12; Erfurter Kommentar, (Müller-Glöge), Par. 620, Rn. 36.

<sup>10</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu, 288 vd.

<sup>11</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 250 vd; Süzek, 503 vd.

<sup>12</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu, 291 vd.

sonuçlarını kabul ettiğini imzası ile onaylamış olduğunun kanıtıdır (Warnfunktion).<sup>13</sup> Böyle bir düzenlemenin Türk İş Hukukunda bulunmaması – silah eşitsizliği açısından/işçinin daha zayıf konumda olduğundan – isabetsiz olmuştur.

### C. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Sürenin Dolması

Öncelikle belirli süreli iş sözleşmelerini tanımlayacak olursak; taraflarca daha en baştan, sözleşme akdedilirken, iş ilişkisinin bitiş tarihi kararlaştırılmış veya işin belli bir aşamaya gelmesi ile iş ilişkisinin sonlandırılacağı belirtilmiştir. Bu şartın gerçekleşmesiyle sözleşme kendiliğinden sona ereceği somutlaştırılmıştır. Belirli süreli iş sözleşmeleri, “*Taraflarca öngörülen bir süreye tabi olan, ihbar gerekmeksizin, sürenin bitimiyle sona eren*” iş sözleşmeleridir. Bu itibarla “*Salt zaman içerisinde herhangi bir anda sona erdirileceği kararlaştırılmış bir sözleşme olmayıp, kurulduğu anda taraflarınca sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği bir sözleşmedir*”.<sup>14</sup>

Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemelere bakıldığında, kural olarak “*Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer*” (BK m. 430). Ancak, taraflar bundan farklı olarak, sözleşme ile başka bir düzenleme de getirebilirler; örneğin taraflar “*Sözleşmenin belirli süreli olmasına rağmen fesih bildirimiyile sona ereceğini*” belirleyebilirler.<sup>15</sup> Burada sözleşme serbestisi gereği, taraflar belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından 431. ve 432. maddelerinde öngörülmüş olan bildirimli fesih yoluyla da sözleşmeyi feshedebilirler.

İş Kanunu’nun 9. maddesinin 2. fıkrasında “*İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır*”; 11. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde, sözleşme belirsiz süreli sayılır*” denilmektedir<sup>16</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kanun koyucu işçiyi korumak amacıyla belirli süreli iş akdi yapma serbestisini sınırlamış ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi ancak anılan fıkrafta belirtilen “*Objektif koşulların*” varlığına bağlanmıştır. Bu

<sup>13</sup> Erfurter Kommentar, Par. 620, Rn. 5-8b; Anscheid/Preis/Schmidt, Par. 623, Rn.1-3.

<sup>14</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, 432-433; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukukunda Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul 2012, 216; Süzek, 233.

<sup>15</sup> Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2014, 925.

<sup>16</sup> İş Kanunu’nun 11. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre “*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi sayılır*”.

objektif koşullar “İşin (niteliği gereği) belirli süreli veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması” olarak nitelendirilebilir.<sup>17</sup> Objektif koşulun gerçekleşmiş olmasının tespiti ancak “Geçicilik unsuruna” dayalı olarak belirlenebilir. Sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmış olmasını “Haklı gösteren bir objektif koşulun varlığı, işin niteliği gereği belirli süreyle sınırlandırılması veya bir olgunun ortaya çıkmasıyla” geçicilik unsuru taşıyıp taşımadığı incelenerek belirlenecektir ki, bu her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir.<sup>18</sup>

Ayrıca “Esaslı bir nedene” dayanmayan birden fazla üst üste (zincirleme) belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı İş Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Bundan dolayıdır ki, belirli süreli olduğu ispatlanamayan veya Kanuna aykırı olarak, objektif koşulların varlığına bağlı olmaksızın kurulan veya esaslı nedenin bulunmadığı anlaşılan iş sözleşmesi de “Başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi” olarak kabul edilecektir.<sup>19</sup>

Benzeri durum, Borçlar Kanunu’nun 430. maddesinin 2. fıkrasında, belirli süreli bir hizmet sözleşmesi altında çalışan işçiye süre sonunda “Örtülü olarak” işe devam etmesine izin verilmesi halinde, hizmet sözleşmesi belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşecektir. Ayrıca belirli süreli sözleşmede “Fesih bildirimini kararlaştırılmış, fakat her iki taraf da kullanmamışsa, yine belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesine dönüşme söz konusu olacaktır” (BK m. 430/son c.). Yine İş Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasındaki aynı mantığı taşıyan Borçlar Kanunu’nun 430. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde “Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir” denilmektedir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerin, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara nazaran “Daha fazla korundukları” ve işçilik haklarından yararlandıkları, mevzuattaki birçok hukuki düzenlemelerden açıkça görülmektedir. Özellikle de İş Kanunu’ndaki iş güvencesine ilişkin hükümler – iş güvencesi kapsamında aranan şartların

---

<sup>17</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 114; Narmanlioğlu, Ünal, İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I), Beta Yayın, İstanbul 2012, 215-216; Süzek, 233.

<sup>18</sup>Bozkurt Gümrükçüoğlu, 160.

<sup>19</sup>Kazancı: Yargıtay HGK 1.4.2015, 2013/22-1943 E, 2015/1131 K.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 114 vd.; Kara, 17 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 437; Narmanlioğlu, 217; Süzek, 233 vd, 236; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 19.



varlığı halinde - sadece belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler açısından geçerlilik kazanmaktadır.<sup>20</sup>

Belirli süreli iş sözleşmeleri, yazılı olarak kararlaştırılan süre ile sınırlı olup, haklı bir sebebe dayalı fesih dışında, tarafları, sadece belirlenmiş olan süre zarfında bağlayacaktır. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri ve belirli süreli iş sözleşmeleri arasında ki temel fark; belirli süreli iş sözleşmeleri yalnızca haklı nedenle derhal feshedilebilirken; belirsiz süreli iş sözleşmesi hem haklı nedenle derhal feshedilebilir, hem de süreli fesih yoluyla sona erdirilebilir ve ayrıca iş güvencesi kapsamında ancak belirli sebeplerin varlığı halinde bildirimli fesihle sonlandırılabilir olmasıdır.<sup>21</sup>

İş hukukunda “*Asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir*”. Buradan anlaşılan odur ki, “*İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olarak yapılması ise istisnadır*”.<sup>22</sup> Süre konusunda hüküm içermeyen yazılı veya sözlü yapılmış bir sözleşme kural olarak belirsiz süreli sayılır. 4857 sayılı İş Kanunu açıkça ifade etmemiş olsa dahi, 11. maddesindeki hükümden, “*İşyerinin normal ve daimi faaliyetlerinin, kural olarak ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerine konu olabileceği*” yönde yorumlanabilir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, “*Çalışma yaşamında en yaygın sözleşme türü olmaları ve fesih bildirimle sona ermeleri nedeniyle ve özellikle iş güvencesi*” bakımından, İş Hukukunda üzerinde en çok durulan sözleşme türleridir.<sup>23</sup>

İş Kanunu’nun 11. maddesi, belirli süreli iş sözleşmesini kavramsal olarak tanımlamaktan ziyade, hangi hallerde bu sözleşmenin hukuka uygun olarak yapılabileceğini belirtmektedir. Kanun bu tanımlamayla, Türk İş Hukuku’nda taraflarca “*sübjektif*” şekilde, yani “*objektif koşulları bulunmadan, kendi istek ve iradelerine göre sözleşmede bir süre belirlenmesi yoluyla*” belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunu kapatmış gözükmektedir. Kanun lafzi olarak belirli süreli iş sözleşmesini, sürenin objektif koşullara bağlı olarak belirlendiği bir sözleşme olarak tanımlıyor olsa da, söylemek istediği husus, sözleşmenin konusu olan iş, niteliği itibarıyla esasen belirli süreli bir iş ise; ya da belirli (muayyen) bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif bir durum var ise, iş sözleşmesinin belirli

<sup>20</sup> Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, Güncellenmiş 3. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, 163; Narmanlıoğlu, 216; Süzek, 234.

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 18 vd.

<sup>22</sup>Bozkurt Gümrükçüoğlu, 48.

<sup>23</sup>Kazancı: Yargıtay HGK 1.4.2015, 2013/22-1943 E.,2015/1131 K; Mollamahmutoğlu, 440-441; Narmanlıoğlu, 216-217; Süzek, 234 vd.

sürelî olarak yapılabileceği anlamını taşımaktadır. Bir başka ifadeyle, taraflar, ancak ve ancak bu koşulların varlığı halinde, iş sözleşmesini, belirli süreli olarak yapabilirler.<sup>24</sup>

Gerçekten belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, eğer iş sözleşmesi süresinin bitimi ile kendiliğinden sona ermişse, “*Kıdem tazminatına hak kazanamadıkları gibi, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörölmüş olan fesih bildirim öneli şartından, örneğın bildirim önelleri içinde, ücret kesintisine uğramaksızın yeni iş arama izninden de faydalanamazlar*” (İK. m. 27). Daha da önemlisi, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar “*İş güvencesi kapsamına girmediklerinden, işe iade davası açamazlar ve bu durum belirli süreli iş sözleşmelerindeki en olumsuz yanı oluşturmaktadır*”.<sup>25</sup> Bundan dolayı belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının sınırlandırılması, iş güvencesi sisteminin tam anlamda uygulandığı hukuk sistemlerinde çok önemli bir rol oynamaktadır.

Alman İş Hukukunda Kısmi ve Belirli Süreli Çalışma Kanunu’nun 14. maddesinde (TzBfG) belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi düzenlenmiştir. Buna göre “*İş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılabilmesi, objektif bir nedenin varlığına bağlıdır*”. 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak 14. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, objektif nedenlerin hangileri olduğu katalog halinde sayılmıştır;<sup>26</sup> fakat bu sayılanlar ile kısıtlı olmamakla beraber örnek mahiyetindedir.<sup>27</sup> Aynı maddenin 2. fıkrasında ise belirli (kalendermäßıg betimmt = takvimle belirlenmiş) süreye dayalı iş sözleşmesinin objektif bir nedene dayanmadan yapılmış olması, bu tür sözleşmeyi iki seneye kadar geçerli saymaktadır. Ayrıca toplam iki seneyi aşmamak kaideyle bu tür belirli süreli iş sözleşmesi en fazla üç defa zincirleme olarak yapılabilir. Objektif bir nedenin bulunmadığı halde ayakta tutulmak istenilen belirli süreli iş

<sup>24</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, 164 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 432 vd.; Narmanlıoğlu, 219; Süzek, 236; Kazancı: Yargıtay 7.HD. 31.10.2014, 2014/3838 E., 2014/19888 K.

<sup>25</sup>Kazancı: Yargıtay HGK 1.4.2015, 2013/22-1943 E., 2015/1131 K; Narmanlıoğlu, 216; Süzek, 234 vd.

<sup>26</sup> **Par. 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG:** “*Objektif nedenler ise aynı maddenin ikinci cümlesinde sayılmıştır; 1. İşyerinde söz konusu istihdamın sadece geçici bir ihtiyaca dayanıyorsa; 2. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması meslek eğitiminden sonra veya yüksekökol öğreniminden sonraki mesleğe geçişini kolaylaştırmak içinse;3. işçi sadece başka bir işçinin yerine geçici olarak alınmış ise; 4. İşin niteliğinden kaynaklı olarak iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması gerekli ise; 5. Belirli süreli olmasının - deme süresi kapsamında - deme amaçlı yapılmışsa; 6. İşçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenler bunu gerektiriyorsa; 7. işçinin (memur konumdaki) ücreti devlet bütçesinden karşılanıyorsa ve bütçe kısıtlı ise (ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 71-74, beck-online); 8. Belirli süreli yapılması mahkeme önünde yapılan bir sulh anlaşmasına dayanıyorsa (ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 75-77, beck-online).*”

<sup>27</sup> Sachlichen Grund(APS/Backhaus TzBfG § 14 Rn. 30, beck-online); Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Wank), 3. Auflage 2009, Par- 95, Befristung und auflösende Bedingung des Arbeitsverhältnisses, Rn. 104.

sözleşmesi aynı işveren ile daha önce belirli veya belirsiz süreli iş ilişkisinin bulunmaması şartına bağlanmıştır (Par. 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG)<sup>28</sup>.

4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, Alman Kısmi ve Belirli Süreli Çalışma Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci cümlesinde şöyle bir hükme yer verilmiştir: *“Bu hükme dayalı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşen iş akdinin işverence feshi, yalnızca kararlaştırılmış olan – bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle aksi düzenlenmemiş ise – belirli sürenin sonunda bildirimli fesih ile mümkündür”*.<sup>29</sup> Alman İş Hukukunda da asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Zira belirli süreli iş sözleşmesi altında çalışan işçinin bu tür sözleşmelerle, süreklilik arz eden bir iş ilişkisinde bulunmaması bir dezavantaj oluşturmaktadır. Diğer yandan işçi, iş sözleşmesinde belirlenmiş süreden önce - belirsiz süreli iş ilişkilerinde olduğu gibi - haklı bir sebep bulunmadığı sürece işten çıkarılması mümkün değildir.<sup>30</sup>

#### D. Fesih

İş sözleşmesi ancak belirli şartların varlığı halinde tek taraflı olarak - işveren veya işçi tarafından - sona erdirilebilir. Fesih *“Karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek yanlı irade beyanıyla iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle sona erdirebilme yetkisi veren, bir bozucu yenilik doğuran hak”*<sup>31</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Genel olarak fesih hakkı, *“Süreli”* (Ordentliche Kündigung) ve *“Haklı nedenle derhal fesih”* (Außerordentliche Kündigung) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

---

<sup>28</sup> **Par. 14 Abs. (2) TzBfG** : Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. <sup>2</sup>Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Wank Rn. 33: § 14 TzBfG unterscheidet zwischen Befristungen, für die es eines sachlichen Grundes bedarf (Abs. 1) und Befristungen ohne sachlichen Grund, „erleichterten Befristungen“ (Abs. 2, 2 a und 3).

<sup>29</sup>Par. 16 Abs. 1 TzBG: Ist die Befristung rechtsunwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen; er kann vom Arbeitgeber frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden, sofern nicht nach § 15 Abs. 3 die ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt möglich ist (BeckOK ArbR/Bayreuther TzBfG § 15 Rn. 15-17.1, beck-online); Par. 15 Abs. 3Ç Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist.

<sup>30</sup> Münchener Handbuch, Rn 173-177.

<sup>31</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, 228.

“Sürelî fesih” iş güvencesi kapsamına giren-girmeyen belirsiz süreli iş sözleşmelerine göre farklı bildirim sürelerine tabi olmakla beraber ( İK m. 17; BK m. 432/2) fesih beyanı karşı tarafa bildirilmesi yolu ile ancak bildirim süresi sonunda geçerlilik kazanacak fesih türüdür.<sup>32</sup>

“Haklı nedenle derhal fesihte” belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerde, taraflardan her birine tanınan ve haklı bir nedenden (İK m. 24, 25; BK m. 435) dolayı, iş sözleşmesine daha fazla bağlı kalmaksızın, bu sözleşmeyi derhal feshetme hakkını veren diğer fesih türüdür.<sup>33</sup>

Söz konusu fesih yetkisi – yani sözleşmeyi bir tarafın iradesiyle sona erdirebilme yetkisi – her iki tarafa da tanınmıştır. Ayrıca karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın, iş sözleşmesi belirli bir süre sonunda – süreli fesihlerde - veya derhal – haklı nedenle fesihlerde - geleceğe yönelik olarak ortadan kalkmaktadır.<sup>34</sup>

Alman İş Hukukunda iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi Türk İş Hukukunda da olduğu gibi süreli fesih<sup>35</sup> (olağan fesih) ve haklı nedenle derhal fesih<sup>36</sup> (olağanüstü fesih) olarak ortaya çıkmaktadır.

## II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE DERHAL FESHİ

### A. Genel Olarak Haklı Nedenle Derhal Fesih Kavramı

Haklı nedenle fesih, süresi belirli veya belirsiz olsun, tüm iş sözleşmelerinde uygulanabilen ve iş ilişkisine derhal son veren bir olağanüstü fesih türüdür. Bu bağlamda “*Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürülmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa belirli veya belirsiz süreli iş akdini derhal feshetme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran haktır*”.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesine ilişkin 1. bölümün 3. kısmına bkz.

<sup>33</sup> İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih için bkz. 1. bölümün 2. kısmında.

<sup>34</sup> Keser, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, 20 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, 228-229; Narmanlıoğlu, 349 vd.; Çomoğlu, Ayşe Tuba; İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Nedenle Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, 3; Süzek, 523, 529; Şefik, Çalık, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayınları, 2005, 69; Süzek, 512.

<sup>35</sup> Alman İş Hukukunda süreli feshe ilişkin bkz. 1. bölümün 3. kısmında.

<sup>36</sup> Alman İş Hukukunda haklı nedenle derhal feshe ilişkin 1. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>37</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 329 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 793; Süzek, 687; Kazancı: Yargıtay HGK 18.3.2015, 2013/22-1771 E., 2015/1051 K.

Hukukumuzda “*Olağanüstü fesih*”, “*Bildirimsiz fesih*”, “*Süresiz fesih*”, “*Önellsiz fesih*”, “*Derhal fesih*”, “*Muhik sebeple fesih*” gibi terimlerle de ifade edilen haklı nedenle fesih, Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesi ile İş Kanunu’nun 24. ve 25. maddelerinde; Deniz İş Kanunu’nun 14. ve 16. maddelerinde; Basın İş Kanunu’nun ise 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu nedenle, haklı nedenle fesih, kanun ile tanınmış bir haktır. “*Bir tarafın, karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla*” ve kanunun kabul ettiği “*Belirli bir sebebe dayalı olarak*” iş sözleşmesine - geçmişe etkili olmaksızın- derhal son veren, haklı nedenle fesih olarak tanımlanmaktadır.<sup>38</sup>

Bireysel iş ilişkilerinde haklı nedene dayalı bir fesih hakkının tanınmasının sebebi, işçi ve işveren arasında bulunması umulan/temenni edilen karşılıklı güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır. İş sözleşmesi işveren ve işçi arasında bir kişisel ve süreklilik arz eden iş ilişkisi oluşturmaktadır. Bu sebeple, haklı nedenle derhal fesih hakkı, ilişkinin özelliği gereği karşı tarafın davranışından kaynaklanan güveni ciddi şekilde sarsılan tarafın, iyi niyet kurallarına uygun olarak sözleşmeyle daha fazla bağlı kalmaya zorlanamayacağı gerçeğine dayanmaktadır. Tam anlamıyla haklı nedenle fesih, “*Objektif iyi niyet kuralı gereğince, kendisinden sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafı, bu bağdan kurtarmaya yönelik*”<sup>39</sup> bir fesih türüdür.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde kural, sürenin dolmasından önce, tarafların sadece anlaşma (İkale) yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilmeleridir.<sup>40</sup> Bu tür sözleşmelerde tipik olan – ki bitiş süresi en baştan belli olduğundan - taraflara bir süreli fesih hakkı tanınmamasıdır. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise sözleşmenin hukuki niteliği gereği süreli fesih hakkını içeren bir sözleşme türü olduğundan, taraflardan her birine, herhangi bir sebebe dayanmaksızın, bildirim süresine bağlı kalarak, bu süre sonunda sözleşmeyi sona erdirebilmeleri imkanı verilmiştir.

---

<sup>38</sup>Haklı neden ve geçerli neden ayrımı için bkz. Demir, Deniz, Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14); Manav, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, 31;Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 795; Narmanlıoğlu, 405 vd.; Süzek, 687; Kazancı: Yargıtay HGK 18.3.2015, 2013/22-1771 E,2015/1051 K.: „*İş sözleşmesi kural olarak feshi ihbar sonucu veya belirli bir süre için yapılmışsa bu sürenin dolmasıyla sona erer. Ancak İş Kanunu ve Borçlar Kanunu işçi ve işverene belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesini derhal ortadan kaldırma olanağını da tanımıştır. Bu yüzden, işveren, işçiyi hemen işyerinden uzaklaştırabileceği gibi; işçi de derhal işi bırakma yetkisine sahiptir. Buna karşılık, işçinin veya işverenin, iş sözleşmesini hemen bozabilmesi için, ortada haklı bir nedenin bulunmasına gerek vardır. İşte, bu tür feshi, haklı nedenle fesih (derhal fesih veya süresiz fesih) adı verilir*“.

<sup>39</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 894; Narmanlıoğlu, 405 vd.

<sup>40</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 281 vd.; belirli süreli iş sözleşmesinin ikale yoluyla ortadan kaldırılmasına ilişkin 1. bölümün 1. kısmına bkz.

Haklı nedenle fesihlerde, fesih hakkının bulunduğunu düşünen taraf gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, bildirim süresi unsurunu gözetmeksizin (bu sebeple bahsi geçen fesih yöntemine “*Bildirimsiz fesih*“ de denilebilir), iş ilişkisine “*derhal*” son verme imkânına sahiptir.<sup>41</sup>

Konuya Alman İş Hukuku açısından bakıldığında ise, Alman Medeni Kanunu’nun 626. maddesine göre “*İş sözleşmesinin tarafları belirli olgulara dayanan haklı bir sebebin varlığı halinde, herhangi bir bildirim süresi beklemezsizin iş sözleşmesini derhal feshedebilirler. Bu bağlamda fesheden taraftan - somut olayın ehemmiyetine göre ve taraf menfaatleri gözetilerek – bildirim süresinin bitimine kadar veya belirli süreli iş sözleşmesinin sonlanmasına kadar iş ilişkisini devam ettirmesi kendisinden beklenemez ise, iş sözleşmesini derhal feshetme hakkına sahiptir*”.<sup>42</sup>

Alman Medeni Kanunu’nun 626. maddesindeki düzenleme bir temel hukuk ilkesidir. Buna göre sürekli borç ilişkisi doğuran (Dauerschuldverhältnis) sözleşmelerde, ister belirli süreli olsun ister belirsiz süreli olsun, her iki sözleşme tarafları haklı bir sebebe dayalı olarak („Aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist“) herhangi fesih bildirim süresi gözetmeksizin, sözleşmeyi derhal feshedebilir. Burada aranan ise, belli başlı olguların varlığı haklı bir fesih sebebi oluşturuyor olması ve buna dayalı olarak feshi hakkına sahip olan taraftan – somut olaya göre ve menfaatler dengesi gözetilerek – bildirim süre bitişine kadar iş ilişkisini devam ettirmesi, kendisinden beklenemeyecek bir hal almış olmasına bağlıdır.

Olağanüstü durumların varlığı halinde sözleşme bağından kurtulmak için Alman Medeni Kanunu’nun 626. maddesi her iki tarafa “*Vazgeçilemez özgürlük hakkını garantileyerek*” (Par. 626 “*als Garanti des unverzichtbaren Freiheitsrechts*”), çekilmez bir durumun varlığı halinde, iş sözleşmesini derhal feshedebilme imkanını tanımaktadır. Bu ilke Alman Medeni Kanunu’nun 242. maddesindeki dürüstlük kuralı ilkesinin bir yansıması olarak diğer sürekli

---

<sup>41</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 895; Narmanlıoğlu, 406; Süzek, 687 vd.

<sup>42</sup> Par. 626 Abs. 1 BGB: *Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.*

borç ilişkisi doğuran sözleşme türlerinde de uygulanmaktadır, örn. kira sözleşmelerinde (“normativer Ausdruck”).<sup>43</sup>

## B. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması

İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde işçinin/işverenin haklı nedenle derhal feshi hakkı ayrı ayrı düzenlenmekte ve her iki tarafa da “*Süresi belirli olsun veya olmasın*” bu Kanun'da sayılan hallerde, “*Süre bitimini veya bildirim süresini beklemeksizin*” iş sözleşmesini feshedebilme imkanı tanınmaktadır. Haklı sebep olarak kabul edilen nedenler her iki maddenin sonraki bentlerinde, sağlık sebepleri (b. I), ahlak ve iyi niyet kurallarına uymama sebepleri (b. II) ve zorlayıcı sebepler olarak (b. III) katalog halinde tek tek sayılmıştır.<sup>44</sup>

Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde “*Derhal fesih*” adı altında benzer bir hüküm bulunmakta ve “*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir*” denilmektedir. Böylece Borçlar Kanunu İş Kanunu'ndan farklı olarak haklı sebebi, “*Dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar*” olarak tanımlamış ve böyle bir genel ifadeyle “*yoruma*” açık bırakılmıştır.

### 1. Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkının Kullanılma Süresi

Yukarıda sayılan haklı nedenle fesih hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin, İş Kanunu'nun 26. maddesinde, 24. ve 25. maddelerinin 2. fıkrasında gösterilen “*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uyulmayan veya benzeri hallerde*”, feshe neden olan olayın diğer tarafça öğrenilmesinden itibaren altı iş günü ve herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl olarak - iki hak düşürücü süre - belirlenmiştir.<sup>45</sup> Kanun, özel hak düşürücü süreyi, “*İş günü*” olarak belirtmiştir ve bu yüzden “*Cumartesi günleri İş Hukuku bakımından iş günü sayıldığından*”, hesaba dahil edilecektir. Altı iş günlük süre, işveren/işçinin “*Olayın bütün içyüzünü araştırıp incelemesi sonucunda ortaya çıkan neticesi*”ni, ahlak ve iyi niyet kategorisine giren durumu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Ansheid/Preis/Schmidt Kündigungsschutz, 4. Auflage 2012, Rn. 4

<sup>44</sup> Kazancı: Yargıtay HGK 1.4.2015, 2013/22-1881 E. 2015/1124 K.

<sup>45</sup> Kazancı: Yargıtay 9. HD. 14.03.2012, 2012/7304 E., 2012/8445 K.; 11.7.2013, 2013/5158 E. 2013/13212 K.; 31.3.2015, 2015/6797 E., 2015/12506 K.

<sup>46</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 802; Süzek, 711 vd.

Anlaşılan odur ki, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerindeki diğer hallerde fesih yetkisini kullanma hakkı belirli bir hak düşürücü süreye tabi olmaz iken, ahlak ve iyi niyet kurallarına uyulmayan hallerde ise fesih yetkisini kullanma hakkı belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu süreler içinde fesih yoluna gitmeyen işçi veya işveren, feshi hakkını ahlak ve iyi niyet kurallarına dayandıramayacak ve böylelikle bu sebebe dayalı haklı nedenle derhal feshin sonuçlarından da yararlanamayacaktır.

İş Kanunu'nun 26. maddesinin, 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca “*İşçinin fesih için haklı neden oluşturan olayda maddi çıkar sağlanması durumunda, bir yıllık hak düşürücü süre göz önünde bulundurulmaz*”. Maddi çıkar sağlandığı olaylarda (örn. evrakta tahrifat, hırsızlık, zimmet suçu vs.), “*Ceza davası zamanaşımına uğramış olsa dahi, işveren olaydan haberdar olduğu andan itibaren yine altı iş günü içinde iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir*”; işveren ceza davasından veya ceza zamanaşımından bağımsız olarak “*Olayı öğrenmiş olduğu andan itibaren altı iş günü içerisinde*” iş sözleşmesini feshedebilir.<sup>47</sup>

Yargıtay kararlarına göre, fesih iradesinin altı iş günü içinde açıklanması yeterli olup, bu süre içinde tebligatın muhatabına ulaşması şart değildir. Bir diğer deyişle süresi içinde açıklanan fesih iradesinin posta veya resmi yazışmalardan dolayı muhatabına geç ulaşması durumunda hak düşürücü süre geçirilmiş sayılmayacaktır.<sup>48</sup>

Bilindiği üzere hak düşürücü sürenin hukuki niteliği gereğince, taraflar bunu ileri sürmese dahi, hâkim hak düşürücü süreyi resen dikkate almak zorundadır.<sup>49</sup>

Haklı neden, yalnızca haklı nedenle fesih hakkını doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle bu hak, haklı nedenin ortaya çıkmasıyla, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği anlamına gelmez. Fesih hakkına sahip olan taraf, “*İsterse bu hakkını kullanır isterse de kullanmaz*”. İş Kanunu'nun 25. maddesi çerçevesinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesine imkan sağlayan bir durumun varlığına rağmen, “*Sözleşmeyi bildirimli olarak veya peşin ücret ödeme suretiyle feshederse, işverenin bu haklı neden dolayısıyla, işçiyi affettiği anlamına*” gelecektir. Bu durumda İş Kanunu'nun 17. maddesi hükümleri gereğince,

<sup>47</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 804-805.

<sup>48</sup> Kazancı: Yargıtay 9. HD. 18.9.2014, 2012/33759 E., 2014/27304 K.; 16.9.2014, 2012/33587 E., 2014/26274 K.

<sup>49</sup> Kazancı: Yargıtay 7. HD. 29.9.2014, 2014/11215 E., 2014/18345 K.; Yargıtay 9. HD. 25.12.2014, 2014/35703 E., 2014/740386 K.; Yargıtay 22. HD. 7.5.2014, 2014/710810 E, 2014/711780 K.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 359; Kılıçoğlu/Şenocak, 680-683; Süzek, 711-712.



yapılan bir fesih bildirimini söz konusu olduğundan, “İşçinin şartları oluşmuşsa, kıdem tazminatı talep etmesi dahi mümkün” olacaktır.<sup>50</sup>

Genel hak düşürücü süre olan bir yıllık süre ise, olayın meydana geldiği tarihten itibaren hesaplanacak bir takvim yılıdır. Bu bir yıl içinde olayın öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günlük süreye riayet edilerek fesih hakkı kullanılır. Olayın meydana geldiği tarihten itibaren bir yılın dolmasına altı iş gününden daha az bir süre kala öğrenilmesi halinde, fesih hakkının, sadece kalan süre içinde kullanılması gerekeceği anlaşılmaktadır. Örneğin “*Fiilin gerçekleştiği tarihten bu yana 362 gün geçtikten sonra olayı öğrenen işveren bir yılı aşacak biçimde altı iş günlük süreyi kullanamaz*”<sup>51</sup>, zira bir yıllık süre üç gün sonra sona erecektir.

Alman Medeni Kanunu’nun 626. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Olağanüstü fesih sadece iki hafta içerisinde yapılabilir*”. İki haftalık fesih sürenin başlangıç tarihi, feshi hakkına sahip olan tarafın, kendisine feshi hakkını veren olaydan haberdar olduğu andan itibaren işlemeye başlar. Fesheden taraf karşı tarafın talebi üzerine feshi sebebinin yazılı olarak bildirmek zorundadır.<sup>52</sup> Burada görülen odur ki, iki haftalık sürenin aynı Türk İş Hukukunda da olduğu gibi, hak düşürücü bir süre oluşudur.<sup>53</sup> Ayrıca bu süre emredici niteliktedir ve taraflarca sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile değiştirilemez.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 797; Süzek, 711 vd.

<sup>51</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, 681; Narmanlıoğlu, 408 vd.; Süzek, 712-713.

<sup>52</sup> Par. 626 (2): Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.

<sup>53</sup> Beck-Online: Rechtsdogmatisch gesehen handelt es sich bei der gesetzlichen Ausschlussfrist des Abs. 2 um eine – verfassungskonforme (BAG 28.10.1971, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 1; BAG 6.7.1992, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; MüKoBGB/Henssler Rn. 280; aA Küchenhoff AuR 1971, 1) – Konkretisierung des Tatbestands einer Verwirkung des wichtigen Kündigungsgrundes aus Gründen des reinen Zeitablaufs (BAG 17.3.2005, NZA 2006, 101 (103); BAG 8.6.1972, AP KSchG 1969 § 13 Nr. 1; BAG 6.7.1972, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; KR-KSchG/Fischermeier Rn. 313.); (BAG 8.6.1972, AP KSchG 1969 § 13 Nr. 1; Staudinger/Preis Rn. 286). Die Frage der Zumutbarkeit wird im Falle der Versäumung der Zweiwochenfrist mithin von vornherein zuungunsten der kündigenden Seite entschieden (BAG 8.6.1972, AP KSchG 1969 § 13 Nr. 1). Von daher handelt es sich bei der Kündigungserklärungsfrist des Abs. 2 um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist (BAG 29.7.1993, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 31; APS/Dörner Rn. 121; NK-BGB/Franzen Rn. 81).

<sup>54</sup> Beck-Online: Mit der Schutzfunktion des Abs. 2 wäre es nicht zu vereinbaren, die Frist zur Disposition zu stellen. Die Zweiwochenfrist wird daher zu Recht als zwingend erachtet. Sie kann weder durch Arbeitsvertrag noch durch Tarifvertrag abgeändert oder gar ausgeschlossen werden (BAG 12.2.1973, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 6; BAG 12.4.1978, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 13; KR-KSchG/Fischermeier Rn. 317 f.; APS/Dörner Rn. 119; abw Gamillscheg KollArb I, 584).

## 2. Fesih Beyanının Karşı Tarafa Yöneltilmesi ve Beyanın Şekli

İş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isteyen taraf, fesih iradesini muhatabına yöneltmek zorundadır; aksi takdirde haklı nedenle fesih işlemi gerçekleşemez. Fesih bildirim, feshe ilişkin irade beyanının muhataba ulaşmasıyla hukuki sonuçlarını doğurur. Bu bildirim geçerlilik kazanması ayrıca diğer tarafın kabulüne de bağlı değildir.<sup>55</sup>

Sözleşmeyi haklı nedenle fesheden taraf, karşı tarafa beyan ettiği neden ile bağlı olacaktır. Daha sonra başka bir nedeni, fesih için haklı neden olarak gösteremez. Buna karşılık hak düşürücü süre dolmamışsa, yeni bir neden ileri sürerek fesihte bulunmasında bir engel bulunmamaktadır. Birden fazla haklı nedenin varlığı halinde, fesih, bu sebeplerin tümüne veya sadece birine dayandırılabilir. Feshin, birden fazla nedene dayandırıldığı hallerde bunlardan sadece birinin ispat edilmiş olması, feshin geçerliliği bakımından yeterli olacaktır. Ancak birden fazla haklı nedenin varlığına rağmen, bildirimde veya dava sırasında sadece biri beyan edildiği takdirde, beyan edilen bu nedenin varlığı kanıtlanamazsa, artık diğer nedenlere dayanmak mümkün olamayacaktır.<sup>56</sup>

### C. Haklı Nedenle Feshin Hüküm ve Sonuçları

Haklı nedenle fesih yoluyla iş sözleşmesine son verilmesi, olağanüstü ve süresiz (derhal) bir fesih bildirme şeklidir. “*Bu hak, yöneltilmesi gerekli tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılan bir hukuki muamele niteliğindedir ve kullanılmakla hükümlerini derhal ve kendiliğinden doğurmaktadır*”.<sup>57</sup> Bu açıdan genel olarak fesih hakkından ayrılan bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, süreli fesih hakkından ihbar süresinin bulunması yönü ile ayrılmaktadır. İş sözleşmesinin süresi belirli ya da belirsiz olsun, kanunda gösterilen nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde işçi ya da işveren buna dayanarak, sözleşmeyi sürenin bitimini beklemeksizin ve ayrıca bir bildirim süresi gözetmeksizin derhal feshedebilir (İK m. 24, 25; BK m. 435).

Yüze karşı ifade edilen fesihlerde, fesih beyanı derhal hüküm doğurur; ulaşma ile öğrenme aynı anda gerçekleşir. Aslında sözlü beyanlarda, ulaşma, ancak öğrenme ile mümkündür. Bir

<sup>55</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 798 vd.; Narmanlıoglu, 408; Süzek, 713.

<sup>56</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 329 vd.; Narmanlıoglu, 408 vd.

<sup>57</sup> Yavuz, Cevdet, 930.

vasıta kullanılması halinde ise haklı nedenle fesih beyanı, ancak karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm doğurur. Bu bakımdan İş Hukuku öğretisinin çoğunluğu, “*Öğrenme (ittıla) değil de ulaşma (vusul) anını*”<sup>58</sup> feshin hüküm ifade ettiği an olarak kabul etmektedir.

Yargıtay kararları da, ağırlıklı olarak bu yöndedir. Bu nedenle, fesih beyanını, daha sonra öğrenilmiş olsa bile, karşı tarafa postayla ulaştığı, onun egemenlik alanına (Herrschaftsbereich) girdiği anda hüküm ifade ettiği kabul edilmektedir.<sup>59</sup> Aynı şekilde elektronik posta (e-mail) ile gönderilen fesih beyanlarının da karşı tarafa ulaşması ile hüküm doğurmaktadır. Buna karşılık, işçinin çalışamaz raporu aldığı esnada, gerçekleştirilen fesihlerde her ne kadar haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi hukuken mümkün *olsa da* fesih beyanın bulunduğu anda hüküm doğurmayacaktır. Bu halde fesih bildirim rapor süresi sonunda hüküm doğurur.<sup>60</sup>

Türk Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin, 1. fıkrasının, 2. cümlesinde bir önceki düzenlemeden farklı olarak yazılılık şartı getirilmiştir. Sözleşmeyi fesheden tarafın, fesih sebebini - ki bu geçerlilik şartıdır - yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu, açıkça ifade edilmiştir. Aslında yazılılık şartının getirilmesi işçi lehine ispat kolaylığı sağlar nitelikte bir düzenlemedir. Böylece işveren fesih nedenini yazılı olarak bildirdikten sonra dava sırasında bunu değiştiremez ve ileri sürmüş olduğu sebebi ispat etmekle yükümlü olur ve ayrıca ileri sürmüş olduğu sebeple de bağlıdır.<sup>61</sup>

İşçi veya işveren tarafından İş Kanunu’nun 24. veya 25. maddesi uyarınca iş sözleşmesi haklı nedenle feshedildiğinde, işçinin ücreti ile kanundan ve sözleşmeden doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur (İK m. 32/6, BK m. 442/1). Çünkü sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinde (Dauerschuldverhältnisse), yapılan fesih geçmişe etkili olmaz.<sup>62</sup> Sözleşme ancak geleceğe yönelik olarak ortadan kalkar

---

<sup>58</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 329-330; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 805 vd.; Süzek, 718.

<sup>59</sup> Kazancı: Yargıtay 9. HD. 1.6.2009, 2008/1017 E., 2009/15182 K.; 5.3.2012, 2011/35264 E., 2012/6759 K.; Yargıtay 7. HD. 15.1.2014, 2013/15874 E., 2014/310 K.

<sup>60</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 805-806.

<sup>61</sup> Güneş/Mutlay, 279; Yavuz, 930.

<sup>62</sup> Kazancı: Yargıtay 9. Hd. 5.3.2012, 2011/35264 E., 2012/6759 K.: „Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak yenilik doğurucu bir irade beyanı ve tek taraflı varması gerekli bir hukuki tasarruf işlemidir. Feshin beyan edilmesiyle, iş ilişkisi, feshedenin iradesine uygun olarak geleceğe etkili olarak ya hemen ya da verilen önel süresinin geçmesiyle doğrudan doğruya sona erdirilir. Fesih, ancak karşı tarafın hukuki egemenlik alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuç doğuracağından ve geçerlilik şartları da bu âna göre değerlendirileceğinden geçmişe etkili fesih mümkün değildir. Fesih beyanı ile karşı tarafa ulaştığından

(“*ex-nunc*” etkisi). Ayrıca, iş sözleşmesinin fesih anına kadar doğmuş hükümleri ve sözleşmeden doğan haklar fesihden etkilenmezler.<sup>63</sup>

İş Kanunu’nun 24/2. ve 25/2. maddeleri uyarınca iş akdini süresi içinde haklı nedenle fesheden taraf, feshe sebep veren davranış sonucu bir zarara uğramışsa karşı taraftan bir tazminat talep edebilir (İK m. 26/2). Ancak İş Kanunu’nun 24/2. ve 25/2. maddeleri dışında kalan nedenlerle sözleşmenin feshedilmesi halinde karşı taraftan bu tazminatın istenebilmesi söz konusu değildir.<sup>64</sup>

Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 437. maddesinde “*Sözleşmenin diğer tarafının akde aykırı davranışları nedeniyle haklı nedenle feshi*” halinde talep edebilecek bir tazminat düzenlemektedir. Buna göre, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi nedeniyle sebep olduğu zararı, iş ilişkisi dolayısıyla elde ettiği haklar da göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlü olur.<sup>65</sup>

#### D. Haklı Nedene Dayanmayan Feshin Hukuki Niteliği ve Hükümü (Haksız Fesih)

##### 1. Haksız Fesih Kavramı

Haklı neden olarak ileri sürülen olayın ortaya çıkmasıyla - kanunen tanınmış olan - haklı nedenle fesih hakkı doğmaktadır. Ancak haklı neden bulunmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, “*haksız fesih*” söz konusu olacaktır.<sup>66</sup> Çünkü iş akdinin her ne kadar haklı nedene dayalı bir feshin varlığı ileri sürülse de gerçekte böyle bir sebep söz konusu değilse veya öne sürülen nedenin varlığı ispatlanamıyorsa ya da fesih hakkı süresi içinde kullanılmamışsa<sup>67</sup> fesih, haksız fesih sayılacaktır.<sup>68</sup>

Belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında fesihte bulunan işveren veya işçi herhangi bir bildirim süresine uymadan veya – kanundan/sözleşmeden farklı olarak - eksik bildirim

---

*sonuçlarını doğurur ve bundan sonra fesih iradesini açıklayan tarafın tek taraflı hukuki işlemlerinin sonuca etkisi yoktur.*“

<sup>63</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 807.

<sup>64</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 360; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 808; Yavuz, 930-931; Süzek, 718.

<sup>65</sup> Güneş/Mutlay, 279 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 808; Süzek, 718.

<sup>66</sup> Manav, 192 vd.

<sup>67</sup> Manav, 192; Haklı nedenle fesih hakkının kullanım süresine ilişkin olarak 1. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>68</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 865; Süzek, 718 vd.

süresine dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde “*usulsüz fesih*” söz konusu olacaktır. Usulsüz fesihlerde Kanunu’nun belirlemiş olduğu ihbar sürelerine uymayan işverenin yapmış olduğu fesih bildirim *aslında* hükümsüzdür.<sup>69</sup> Ancak yapılan fesih her ne kadar fesih ihbarına uyulmadan yapılmış olsa da, burada – işçinin ihbar süresi içinde çalışmasına mani olursa da - işveren bildirim süresine ilişkin işçiye ücret ödemek zorundadır. Nitekim usulsüz fesihlerde, iş sözleşmesi kanunen veya sözleşmeyle belirlenmiş geçerli bildirim süresi sonunda “*usulüne uygun bir fesih bildirim gibi*”<sup>70</sup> ortadan kalkmaktadır. Bununla beraber işçiye usulüne uygun yapılan fesihlerde verilen haklar geçerliliğini korur.

*“Haksız fesih halinde, usulsüz fesihten ve fesih hakkının kötüye kullanılmasından farklı olarak, fesih hakkının doğmuş olup olmadığının tespiti gerekir. Oysa usulsüz fesihte ve fesih hakkının kötüye kullanılmasındaki durum, fesih hakkı doğmuş ama birinci halde bildirim sürelerine uyulmamış, ikinci halde ise objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılmış”*<sup>71</sup> olmasıdır. Ayrıca fesih hakkı doğmadığı halde, iş akdinin feshedilmiş olması, haksız fesih olarak kabul edilmektedir.

## 2. Haksız Feshin Hukuki Sonuçları

Haksız fesih belirli süreli, belirsiz süreli ve iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan iş sözleşmeleri bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır.

### a) Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

Belirli süreli iş sözleşmelerinin haklı bir sebebe dayanmaksızın feshi haline ilişkin olarak İş Kanunu’nda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Borçlar Kanunu’nun 438. maddesine göre, “*İşveren haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi (...) belirli süreli sözleşmelerde (...) sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak*” isteyebilmektedir. Böylece bu düzenleme ile kanun koyucu her ne kadar fesih haksız da olsa sözleşmenin fesih beyanı ile sona ereceğini ve işçinin bakiye süreye ilişkin tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir<sup>72</sup>. Şayet işçi bu süre zarfında başka bir işyerinde çalışmış veya

<sup>69</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Manav, 190 vd.

<sup>70</sup> Manav, 191.

<sup>71</sup> Süzek, 719.

<sup>72</sup> Türk Borçlar Kanunu’nun kabulünden önceki dönemde haksız feshin niteliği ve sonuçlarına ilişkin tartışmalar için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 335 vd.; Güneş/Mutlay, 280.

çalışabileceği halde çalışmamış ise, kazanmış olduğu/kazanabileceği miktar bu tazminat miktarından mahsup edilecektir (TBK m. 438/II). Ayrıca haksız fesih halinde miktarı hakim tarafından serbestçe belirlenecek bir tazminata daha hükmedilmesi mümkündür<sup>73</sup>. Hakim kendi takdir yetkisine dayanarak somut olaya göre işçiye ödenecek tazminat miktarını “serbestçe belirleyebilir” ancak bu miktar “işçinin altı aylık ücretinin” üstünde bir miktar olamaz. Belirli süreli iş sözleşmesinde, sözleşmenin sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Ancak, sözleşmenin haksız feshi halinde diğer koşullarında bulunması durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır<sup>74</sup>.

#### b) Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde Haksız Fesih

İş güvencesi kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshi halinde, fesih haksız da olsa hüküm ifade eder ve iş sözleşmesini sona erdirir. İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan hükme göre, “İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18., 20. ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir”. Burada altını çizmek gerekir ki, iş güvencesi kuralları belirsiz süreli iş akitlerinin feshine uygulandığından (İK m. 18/1), bu kurallar sadece iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde, belirsiz süreli sözleşmelerin işverence haksız feshinde uygulama alanı bulacaktır.<sup>75</sup> Belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ise yukarıda bahsi geçen sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Ayrıca iş güvencesi kapsamına girmeyen belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından, kötü niyetli fesihlerde” İş Kanunu'nun 17. maddesinin, 2. fıkrasının, 3. cümlesi uygulanacaktır.<sup>76</sup> Borçlar Kanunu'nun 438. ve 439. maddelerinde feshin haksız olarak yapılması durumuna ilişkin, işçi ve işveren açısından sözleşmenin niteliğine göre iki ayrı maddede düzenlenmiştir. İşveren belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız yere feshederse, işçiye fesih bildirim süresinde alacağı ücreti ve menfi ve müspet zararını tazmin edilmesi hakkı doğmaktadır (BK m. 438,

<sup>73</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 357.

<sup>74</sup>Bozkurt Gümrükçüoğlu, 358.

<sup>75</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 868; Süzek, 720.

<sup>76</sup>İş Kanunu'nun 17. maddesinin, 2. fıkrasının, 3. cümlesine göre, “18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.”.

f.1, 2). İşveren ise, işçi haklı bir sebep olmaksızın işe başlamaz veya aniden işi bırakırsa, aylık ücretinin ¼ 'e eşit bir tazminat ve ayrıca ek zararının giderilmesini isteme hakkına sahiptir (BK m. 439, f.1). Belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinden bahsederken belirttiğimiz üzere bunun yanında hakim tarafından miktarı serbestçe belirlenecek bir haksız fesih tazminatına da hükmedilebilecektir.

Sonuç itibariyle, iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde belirsiz süreli iş akdinin işverence haksız feshi halinde, yapılan fesih geçersiz sayılacak ve iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçlar (İK m. 21) doğacaktır. İş güvencesi kapsamında geçersiz sebeple yapılan fesihlerin sonuçları İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir; işverence hiçbir sebep gösterilmez veya gösterilen sebebin geçersiz olduğu mahkeme veya özel hakem kararı ile tespit edilir ve geçersizliği kabul edilirse, işçinin bir ay içerisinde işe iadesi şarttır (İK m. 21, f.1, c.1). Bu bir aylık süre içinde işveren işçiyi tekrardan işe almazsa, dört ila sekiz aylığa kadar varan ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır (İK m. 21, f. 1, c.2).

### III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRELİ FESİH YOLUYLA SONA ERDİRİLMESİ

#### A. Süreli Fesih Hakkı

Süreli fesih “*bildirimli fesih*”, “*önelli fesih*”, “*ihbarlı fesih, olağan fesih*” gibi terimlerle de ifade edilmektedir. Genel olarak süreli fesih “*Sözleşme taraflarından birinin iş sözleşmesini sona erdirmeye ilişkin iradesini – kanunun belirlemiş olduğu süre dahilinde - karşı tarafa bildirmesi*” olarak tanımlanabilir.<sup>77</sup>

Sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak yapılan belirsiz süreli iş sözleşmeleri, taraflara aynı zamanda sözleşmeden diledikleri zaman kurtulma hakkını da vermektedir. Taraflardan her biri “*tek yanlı bir irade beyanı*” ile iş sözleşmesinin sona ermesini isteyebilir. Aslında, belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih bildirim yoluyla akdi ilişkiye son verme olanağının tanınması temelde tarafların kişilik haklarının korunması ilkesine dayanmaktadır. Aksinin kabulü, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin türünden kaynaklanan, tarafların hayatı boyunca iş

<sup>77</sup> Keser, 20; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 894; Narmanlıoğlu, 352.

sözleşmesine bağlı kalarak, ifa yükümlülüğü altına girmesi anlamına gelir, bu da kişilik haklarının zedelenmesine yol açar ve “kölelik” ilişkisine dönüşebilir.<sup>78</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu hususu şöyle dile getirmiştir: “*Süresi belli olmayan iş akitleri de, bugün yürürlükte olan sisteme göre taraflardan birinin irade açıklaması ile bozulabilir. Çünkü ebedi iş akdi insan hürriyeti ilkesine aykırı düşer*”.<sup>79</sup>

Alman İş Hukuku’nda ömür boyu çalışma vaadi içeren iş sözleşmeleri kanuna aykırılık teşkil etmektedir ve kanuni olarak tarafların olağan fesih yoluyla bu tür sözleşmelerden kurtulabilme imkanı bulunmaktadır (Alman MK m. 620, f. 2, 3; m. 15/3, 16 TzBfG). Bu tür iş sözleşmesi altına girmiş olup da çalışan işçiye kanun koyucu beşinci yılın sonunda iş sözleşmesini feshetme hakkını tanımaktadır (Alman MK m. 624, 620, f.3; m. 15, f. 4 TzBfG)<sup>80</sup>. Bu hükümler kanunla düzenlenmiş olup, emredici niteliktedir ve işçi aleyhine değiştirilemeyeceği ayrıca belirlenmiştir.<sup>81</sup>

Benzeri düzenleme Türk Borçlar Kanunu’nun 430. maddesinin 3. fıkrasında görülmektedir ki; “*Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresi*”ni gözeterek sözleşmeyi feshedebilir. Böylece “*Çok uzun süreli hizmet sözleşmelerinin, kişilik haklarını aşırı derecede sınırlayan bir durum olduğundan, işçiye de tazminat ödemededen fesih hakkı tanınmıştır*”.<sup>82</sup>

Hem işçi hem de işveren diledikleri zaman sözleşme yükümünden kurtulma imkanına sahip olmalıdırlar. Çünkü işçi iş sözleşmesiyle buyruğu altına girdiği kimseyle arasında oluşan kişisel bağımlılıktan kurtulmak, başka bir işe veya işyerine girmek isteyebilir. Aynı şekilde işveren de – örneğin işletmesel nedenlere dayalı - kendince sebeplerden dolayı işçisi ile çalışmayı devam ettirmek istemeyebilir.<sup>83</sup> Tam da bu gibi sebeplerden dolayı, fesih

<sup>78</sup> Mollamahmutoğlu, 895; Süzek, 512; Narmanlıoğlu, 350-351; Çelik, 259; Akyiğit, Ercan, İçtihatli ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanununun ve şerhi (Cilt 1), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, 596.

<sup>79</sup> Kazancı: YHGK. 29.5.1963,1963/4-39.

<sup>80</sup>Alman İş Hukuku’nda bu hükme göre yapılan fesihler için ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 325; Erfurter Kommentar, Rn 1: “§ 624 soll den Dienstverpflichteten in seiner persönl. Freiheit schützen und betrifft damit allein natürl. Personen, die ihre Dienstpflicht in Person zu leisten haben.”

<sup>81</sup> Par. 624 BGB: Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. <sup>2</sup>Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate. ; Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Verlag C.H. Beck. München 2013,58.

<sup>82</sup>Yavuz, 926; ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 319.

<sup>83</sup> İşletmesel nedenlere dayalı fesihler için 2. bölümün 3. kısmına bkz.



bildirimiyle sözleşmeye son verebilme imkanı verilmesi iş hayatında önemli bir rol oynamaktadır.<sup>84</sup>

Bununla beraber, süresi belirsiz iş sözleşmesini devam ettirmek istemeyen tarafa tanınacak bu hakkın, - sözleşmeyi sebepsiz ve tek yanlı sona erdirebilme hakkı – aynı zamanda karşı tarafa da zarar vermemesi gerekir. İşte bundan dolayı, iş sözleşmesi, feshin bildirildiği anda değil, sürenin dolmasından sonra ortadan kalkacaktır. Bu da, tarafların karşılıklı menfaatleri arasında önemli bir denge sağlamaktadır.<sup>85</sup>

## B. Bildirim Süreleri (İhbar Önelleri)

Bildirim süresi, fesih beyanının bildirildiği tarih ile iş sözleşmesinin son bulunduğu tarih arasında geçen süre olarak tanımlanabilir.<sup>86</sup> Bildirimli fesihte uyulacak bildirim süreleri İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun bildirim süreleri hem işçi, hem de işveren açısından eşit tutulmuştur. Bildirim süreleri, işçinin işyerinde çalıştığı süre göz önünde tutularak belirlenmiştir.

İş Kanunu'nun 17. maddesinde fesih bildirimının yapılması ve karşı tarafa ulaşması anından itibaren başlayıp, iş sözleşmesinin sona ermesi anına kadar devam edecek ihbar süreleri; *"İş altı aydan az sürmüştü, iki haftalık bildirim süresi; iş altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüştü, dört haftalık bildirim süresi; iş bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüştü, altı haftalık bildirim süresi ve iş üç yıldan fazla sürmüştü, sekiz haftalık bir bildirim süresi"* olarak öngörülmüştür. Bu itibarla, bildirim karşı tarafa iletilmesinden başlayarak, işçinin kıdem süresine göre geçecek iki, dört, altı, sekiz haftalık sürenin sonunda, iş sözleşmesi sona ermiş olacaktır.

İş Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Kanun'da öngörülen bu süreler asgari olup sözleşmeyle arttırılabilmektedir. Başka bir ifadeyle, işçi yararına olan bu süreler sözleşmelerle arttırılabilirler ancak kısaltılamazlar. Şayet taraflar kanunun belirlemiş olduğu bildirim sürelerinin altında bir bildirim süresi kararlaştırırlarsa, burada Kanun'da öngörülen bildirim

---

<sup>84</sup> Mollamahmutoğlu, 895-896; Narmanlıoğlu, 351.

<sup>85</sup> Narmanlıoğlu, 351.

<sup>86</sup> Keser, 21-22; Narmanlıoğlu, 360; Süzek, 515-516.

süreleri esas alınır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, bildirim sürelerine ilişkin hükmü nispi emredici hüküm olarak belirlemiştir.<sup>87</sup>

Benzer düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu'nun 431. ve 432. maddelerinde bulunmaktadır. Kural olarak *“Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır”* (BK m. 431). Fesih bildirim önelleri ise Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin, 1. fıkrasına göre, *“Bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra”* olarak belirlenmiştir. Yine İş Kanunu'nda görüldüğü gibi, bu süreler nispi emredici niteliktedir ve sözleşmeyle kısaltılamazlar ancak genişletilebilirler (BK m. 432, f.3).

İş Kanunu'nun 17. maddesindeki süreler ile kıyaslandığında Borçlar Kanunu'nda belirlenen süreler daha genel tutulmuş, bir diğer deyişle daha geniş süre aralıkları için de ihbar süreleri düzenlenmiş ve ayrıca daha kısa ihbar süreleri öngörülmüştür. Örneğin, İş Kanunu'na göre 4 yıl çalışmış işçi bakımından uygulanacak ihbar süresi sekiz hafta iken, Borçlar Kanunu kapsamında bir çalışma söz konusu olduğunda bu süre dört hafta olacaktır. Borçlar Kanunu'nun 432. maddesi, bildirim sürelerinde yapılacak değişikliklere ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir; gerçekten sözü geçen maddenin 2. fıkrasında *“Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır”* denilmektedir. Her iki taraf içinde aynı sürenin uygulanacağını öngörülmesi ilginçtir. Ancak - işçiyi koruma amaçlı olarak - *“Sözleşme ile getirilen sürenin işçi açısından kısa tutulması halinde sözleşme hükmü geçersizdir; aksi durumda ise geçerli sayılacaktır ve kararlaştırılan sürenin geçersiz olması halinde fesih ihbarı için kanuni sürelere uyulmalıdır”*.<sup>88</sup> Bu hükmün İş Kanunu kapsamındaki çalışmalara uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca tartışmalıdır. Nitekim uygulamada bazı toplu iş sözleşmelerinde bildirim sürelerinin işçi ve işveren yönünden eşit bir biçimde uzatıldığı, bazılarında ise işverenin uyması gereken süre daha uzun tutulduğu göze çarpmaktadır. Bundan dolayı İş Kanunu'nun 17 maddesi – işçi aleyhine olmadığı sürece - nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Örnek vermek gerekirse, yasal olarak sekiz haftalık bildirim süresinin belirlenmiş olması halinde, her iki tarafa da on hafta olarak veya işveren için oniki haftaya, işçi için on haftaya çıkarılması ya da işçi için sekiz hafta

---

<sup>87</sup> Çelik, 267; Keser 21.

<sup>88</sup> Yavuz, 928.

olarak belirlenmesi kanunen geçerlidir. Bundan farklı olarak işverenin uyması zorunlu olduğu bildirim süresi on hafta, işçinin ise oniki hafta olarak belirlenmesiyle işverene de aynı bildirim süresi tanınması uygun olacaktır. Sonuç itibariyle, Borçlar Kanunu'nun 432/5 maddesi İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde uygulanmayacaktır.<sup>89</sup>

Belirtmek gerekir ki, bildirim süresi kapsamında, iş sözleşmesi, fesihden önce olduğu gibi, hükümlerini doğurmaya devam eder. Tarafların hak ve borçlarına ilişkin bir değişiklik söz konusu olamaz. Örneğin, bildirim süresi içinde, işçinin izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmemesi durumu işverene haklı nedene dayalı derhal fesih hakkı verir. İşverenin bu hakkı kullanmasıyla iş sözleşmesi bildirim süresi dolmadan daha önce ortadan kalkar ve ayrıca işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteme hakkı da ortadan kalkar. Aynı şekilde, bildirim süreleri içerisinde tarafların anlaşarak sözleşme ilişkisini, ikale yolu ile ortadan kaldırmalarına da bir engel yoktur.<sup>90</sup>

Sonuç itibariyle, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen bildirim süresinde işçinin kıdemi esas alınmış ve buna göre uzayan bildirim süreleri belirlenmiştir. Kanun koyucu bildirim sürelerini belirlerken, fesihden belirli bir süre önce karşı tarafın haberdar edilmesi ve bu zaman zarfında hem işverenin yeni işçi, hem de işçinin yeni bir iş bulmasını kolaylaştırmak istemiştir. Ancak bildirime esas alınan çalışma süreleri oldukça kısa tutulmuş ve özellikle üç yıldan daha uzun kıdeme sahip işçiler açısından özel bir düzenleme getirilmemiştir. Kanaatimizce bu durum, özellikle uzun yıllar aynı işyerinde çalışan işçiler açısından – hakkaniyetle bağdaşmayan - sakıncalı sonuçlara yol açabilmektedir. Örneğin, üç yıllık kıdeme sahip bir işçi ile on yıllık kıdeme sahip bir işçinin fesih ihbar süresi aynı süreye tabi tutulmuştur. Kanun koyucu, bildirim sürelerini asgari olarak düzenlemekte olduğundan tarafların bu süreyi artırabilmeleri mümkündür. Buna karşılık, bu düzenlemenin de işveren lehine olduğu düşüncesindeyiz. Şöyle ki, iş sözleşmelerinin kurulması sırasında uygulama da kural olarak genellikle sözleşme kuralları işveren tarafından belirlenmektedir; örneğin işverence önceden hazırlanmış ve sözleşme içerisine alınmış genel işlem koşulları/şartları vasıtasıyla (BK m. 20 vd.). Bu bağlamda işçi daha zayıf olan tarafı oluşturduğundan, işverenin iş sözleşmesine dair koymuş olduğu şartlara itiraz edebileceği çoğu zaman nerdeyse düşünülemez.

---

<sup>89</sup> Süzek, 517 vd.

<sup>90</sup> Süzek, 516; Keser, 22; Kılıçoğlu/Şenocak, 232.

Burada karşılaştırmalı hukuk açısından Alman İş Hukuku mevzuatında düzenlenmiş olan bildirim sürelerini incelemekte fayda vardır. Alman Medeni Kanunu'nun 622. maddesinin, 1. fıkrasında temel fesih bildirim süreleri – yani iki yılın altında sürdürülmüş olan iş ilişkilerinde – 4 hafta olarak belirlenmiştir (Grundkündigungsfristen); 2. fıkrasında ise uzatmalı fesih bildirim süreleri 2 ila 20 yıla kadar sürmüş olan iş ilişkileri için belirlenmiştir (verlängerte Kündigungsfristen).

Alman Medeni Kanunu'ndaki fesih sürelerine ilişkin bu kanuni düzenleme asgari bir standart sağlamaktadır (*Mindeststandard*). Toplu iş sözleşmesi yoluyla işçiler aleyhine düzenlemelerde bulunulabilir (Par. 622/4 BGB). Bireysel iş sözleşmelerinde ise sadece aynı maddenin 4. fıkrasının 2. cümlesi ve 5. fıkrası uyarınca işçi aleyhine daha kısa fesih süreleri belirlenebilir.<sup>91</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 622/1 maddesine iki yıldan daha az çalışılan iş sözleşmesi kapsamında, dört haftalık bildirim süresi sonu ayın 15'ine veya ayın sonuna getirilerek iş sözleşmesi feshedilebilir.<sup>92</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 622. maddesinin 1. fıkrası, sözleşme taraflarına, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde yeterince süre vermek istemektedir. Bu kanuni düzenlemeyle iş sözleşmesini fesheden tarafa esneklik sağlanmaya çalışılmakta ve ayın ortasında veya sonunda iş ilişkisini sonlandırma imkanı verilmektedir.

Alman Medeni Kanunu'nun 622. maddesinin 2. fıkrasında uzatmalı bildirim süreleri tek tek sayılmıştır:

“ (2) *İşverence yapılan fesihlerde, bildirim süresi,*

1. *İş iki yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben bir ay,*
2. *İş beş yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben iki ay,*
3. *İş sekiz yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben üç ay,*
4. *İş on yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben dört ay,*

---

<sup>91</sup>Anscheid/Preis/Schmidt, Par. 622, Rn. 9-12; Erfurter Kommentar (Müller-Glöge) 16. Auflage, 2016, Par. 622, Rn 1-15.

<sup>92</sup> Par. 622/2: *Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.*

5. *İş oniki yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben beş ay,*
6. *İş onbeş yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben altı ay,*
7. *İş yirmi yıl sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ayın son gününü takiben yedi ay sonra olacaktır.”*

Alman Medeni Kanunu'nun 622. maddesinin 2. fıkrasında belirlenmiş olan bildirim süreleri sadece – aynı madde'deki istisnalar dışında - işveren açısından geçerlidir ve işçinin işyerinde çalışmış olduğu süreyle güvence altına alınmaktadır (Bestandsschutz-Betriebsschutz). Burada belirlenen süreler nispi emredici niteliktedir ve salt işçinin işyerindeki kıdemine göre belirlenmektedir; bunun yanı sıra işyerinin büyüklüğü veya küçüklüğüne bakılmamaktadır.<sup>93</sup> Yukarıda aynı maddenin birinci fıkrasındaki esneklik burada görülmemektedir. Zira hesaplanan bildirim süresi sonu sadece ay sonunda fesih ile sonuçlanabilmektedir.

Alman Medeni Kanunu'nun 622. maddesinin, 2. fıkrası ile Türk İş Kanunu'ndaki düzenleme karşılaştırılacak olursa, Alman Hukuku'nda fesih bildirimlerinin genel olarak daha uzun süreli ve ayrıca iş ilişkisinin sıfırdan (dört haftalık bildirim süresi) yirmi yıla kadar (7 aylık bildirim süresi) sürmesi hali detaylı bir biçimde düzenlendiği anlaşılmaktadır. İş sözleşmesi beş yıla kadar süren işçiler bakımından öngörülen sürelerin Türk Hukukuna yakın olduğu söylenilebilecektir.

Her iki hukuk sisteminde de, işçinin kıdemi artıka fesih bildirim süresi de uzamaktadır. Bildirim süresi içerisinde işçinin bütün hakları korunmakta ve işçinin ekonomik zorluklarla karşı karşıya gelmeden, yeni bir işe geçişi veya iş arayışı kolaylaştırılmaktadır. Alman Hukuku'nda Kanun koyucu özellikle kıdemi uzun olan işçiler bakımından bildirim sürelerini uzun tutarak, her iki tarafın da menfaatleri göz önünde tutmaktadır. Amaç, işine son verilen işçinin bildirim süresince maddi sıkıntı yaşamaksızın yeni bir işe geçişini sağlamaktır; işveren

---

<sup>93</sup> Erfurter Kommentar (Müller-Glöge) Par. 622, Rn. 9-10b: *Die für eine Kündigung durch den AG verlängerten Fristen gelten bereits nach zweijähriger Betriebszugehörigkeit mit einer Frist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats. Über insg. sieben Stufen wird nach 20-jähriger Betriebszugehörigkeit die Höchstdauer von sieben Monaten zum Ende eines Kalendermonats erreicht. Dieser Kündigungstermin ist – abgesehen von der Möglichkeit des Abs. 4 – zwd. (BAG 12.7.2007 NZA 2008, 476). Es kommt auf die Dauer des letzten ArbVerh. (rechtl. Bestand) an (MüKoBGB/Hesse Rn. 26). Tats. Unterbrechungen der Beschäftigung wirken sich auf die Dauer des ArbVerh. nicht aus (Wank NZA 1993, 961, 965). Die maßgeb. Dauer der Beschäftigung beginnt im Zweifel zu dem Zeitpunkt, in dem der AN nach der vertragl. Vereinbarung seine Arbeit aufnehmen sollte (vgl. BAG 24.10.2013 NZA 2014, 725 zu § 4 KSchG) und erstreckt sich bis zum Zpkt. des Zugangs der Kündigung, nicht des Kündigungstermins (APS/Linck Rn. 54).*

açısından ise, iş gücü kaybına uğratılmadan/işler aksatılmadan işi bırakan işçi yerine, başka bir işçi bulabilme imkanı verilmesidir.

Kanaatimizce Türk ve Alman Hukukundaki düzenlemeler karşılaştırıldığında, Alman hukukundaki hükmün özellikle de üç yıldan daha uzun süren sözleşmeler bakımından - hakkaniyet açısından - daha uygun olduğudur. Alman Medeni Kanunu'nun 622. maddesinin, 2. fıkrası uyarınca; on yıllık bir kıdeme sahip işçi için öngörülen fesih bildirim süresinin 16 hafta olduğu görülmektedir. Oysa Türk Hukuku'na göre bu işçi bakımından uygulanacak ihbar süresi 8 haftadır. Bu durum işçinin üç yıldan uzun kıdemi olduğu her halde aynıdır. Yirmi yıllık kıdem ile üç yıl bir günlük kıdem arasında bir fark bulunmamaktadır. Alman kanun koyucunun belirlemiş olduğu fesih bildirim süreleri maksada ve hakkaniyete çok daha uygun olmaktadır. Kanaatimizce Türk Hukuku'nda da Alman Hukuku'nda olduğu gibi üç yıldan uzun süren iş ilişkilerinde, bildirim sürelerinin tek tek detaylı olarak belirtilmesi yararlı olacaktır. Ayrıca Alman Hukuku'nda altı aya kadar kararlaştırılan deneme süreli iş sözleşmelerinde de - Türk Hukuku'ndan farklı olarak - iki haftalık bir deneme süresi öngörülmüştür.

### C. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması

#### 1. Fesih Beyanının Özellikleri ve Şekli

Kanunla veya sözleşmeyle sınırlandırılmış olmadıkça, süreli fesih hakkı belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılmasıyla doğar ve kullanılmasıyla ya da iş sözleşmesinin başka bir nedenle sona ermesiyle de ortadan kalkar. Fesih bildirimine ilişkin hukuki çerçeveye dahilinde hareket edilirse, iş sözleşmesi geçerli bir biçimde ve kanuna uygun bir şekilde ileriye yönelik olarak ortadan kalkar. Ancak, daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere “*Kanuna aykırı biçimde yapılan fesih bildirimini usulsüz (haksız) bir fesih olarak kabul edilir ve kanunda belirlenen tazminat haklarının doğmasını*” beraberinde getirir.<sup>94</sup>

Belirsiz süreli iş sözleşmesinde yapılan fesih beyanı kural olarak, özel bir şekil şartına bağlı değildir. Fesih beyanında bulunan taraf, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini diğer tarafa sözlü veya yazılı biçimde ulaştırabilir. İş Kanunu'nun 109. maddesinde “*Bildirimlerin yazılı olarak*

---

<sup>94</sup> Keser, 24; Mollamahmut oğlu/Astarlı/Baysal, 900; Narmanlıoğlu, 352-353; Süzek, 514-515. Haksız fesih için 1. bölümün 2. kısmına bkz.

*ve imza karşılığı yapılması gerekir*” hükmü yer alsa da, yazılı şekil, geçerlilik şartı değil - ispat şartıdır (örneğin İK m. 17, BK. m. 432). Bununla birlikte, taraflarca sözleşmenin feshi geçerlilik şartı olarak belirli bir şekle tabi tutulmuşsa, fesih beyanının hüküm doğurabilmesi için öngörülen şekle uyulması zorunludur. Bu durumda feshin hangi şekilde yapıldığının kural olarak feshin geçerliliğine etkisi bulunmamaktadır.<sup>95</sup> Ancak istisna olarak, İş Kanunu’na göre iş güvencesi kapsamına giren işçiler bakımından, işverenin iş sözleşmesini feshinin geçerli olabilmesi, yazılılık şartına bağlanmıştır; buna göre işveren fesih bildirimini *“Yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”* (İK m. 19). Yazılı yapılmayan fesih beyanı, kanunun şekle ilişkin emredici hükmüne aykırıdır ve geçersiz sayılır (BK m. 12/2).<sup>96</sup>

Haklı nedenle fesihlerde yazılılık şartı olup olmadığı – iş güvencesi kapsamındakiler dışında – tartışması Borçlar Kanunu’nun 435. maddesinin yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmış gibi gözükmektedir. Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bu hükmün geçerlilik şartıdır ve *“İş Kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından da uygulanacaktır.”*

Fesih bildiriminde bulunulurken, iş güvencesi bulunmadığı takdirde herhangi bir sebep ileri sürülmesi zorunlu olmadığı gibi; ileri sürülen sebebin gerçeklere dayanıp dayanmadığı da kural olarak hiç bir önem taşımaz. Kanunen öngörülmüş bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmadığından, bildirimde bulunan taraf hiçbir sebep göstermese de, feshe ilişkin irade beyanı hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Bununla beraber kanunda veya *sözleşmede “Aksi yönde bir hüküm bulunuyorsa, söz gelimi fesih bildiriminin sosyal, ekonomik ya da teknik bir sebebe dayalı olarak kullanılabileceği öngörülmüşse”*, bildirim ancak bu bağlamda yapılması zorunludur. Şunu açıkça ifade edelim ki, fesih bildirim hakkının doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan ortadan kaldırılması ise mümkün değildir.<sup>97</sup> Buna karşılık, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde, işverence gerçekleştirilen fesihlerde, feshi sebebinin açık ve kesin biçimde ifade edilmesi zorunludur. Bunun dışında – kanun ve sözleşmedeki olası ayırık durum dışında - fesih iradesi herhangi bir sebebe dayalı olarak karşı tarafa ulaştırılması zorunlu değildir.

---

<sup>95</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 263-264; Keser, 20; Narmanlıoğlu, 354-355; Süzek, 514; Kılıçoğlu/Şenocak, 490-491.

<sup>96</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 902.

<sup>97</sup> Narmanlıoğlu, 357; Keser, 20-21.

Alman Hukuku'nda ise kural, işveren tarafından yapılan fesih ister olağan (Ordentliche Kündigung) isterse de olağanüstü (Außerordentliche Kündigung) bir fesih olsun, iş güvencesi kapsamına girsin ya da girmesin, feshin yazılı yapılmış olması geçerlilik şartıdır (konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung). Sözlü yapılan fesihler iş ilişkisini sona erdirmez ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. İşveren sözlü bir fesih beyanının geçerlilik kazanmasını istiyorsa, fesih iradesini yazılı olarak karşı tarafa tekrardan açıklamak zorundadır.<sup>98</sup>

Alman Medeni Kanunu'nun 623. maddesinde fesih beyanının yazılılık şartını öngörürken,<sup>99</sup> 126. madde hükmüne göre fesheden tarafın imzasını taşıması veya noter aracılığıyla yapılması şartını getirmektedir. Bunun yanında fesih bildirim içeriğine ilişkin herhangi şart öngörülmemiştir. Bildirimli olağan fesihlerde, fesih beyanının içeriğinden, iş ilişkisine son verilmek istendiği iradesi anlaşılması yeterlidir ve ayrıca herhangi bir sebebin belirtilmesi zorunlu değildir.<sup>100</sup>

## 2. Fesih Bildirim Süresi İçerisinde İş Arama İzni

İş Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, "*Bildirim süreleri içerisinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini, iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmaksızın vermek zorundadır*" ve ayrıca "*Günde iki saatlik iş arama iznini işçinin talebi üzere*

---

<sup>98</sup>Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Verlag C.H. Beck, München 2013, 52; Anscheid/Preis/Schmidt, Rn 10: Bei der von § 623 verlangten Schriftform handelt es sich um ein *konstitutives Wirksamkeitserfordernis*(BT-Drucks. 14/626, S. 11). Das gesetzliche Formerfordernis kann weder arbeitsvertraglich noch durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag abbedungen werden (ErfK/Müller-Glöge § 623 Rn. 10; Staudinger/Oetker § 623 Rn. 40; **Richardi/Annauß** NJW 2000, 1231, 1232). Dies folgt aus dem Grundsatz, dass gesetzliche Formvorschriften zwingend sind (Palandt/Weidenkaff § 623 Rn. 3). Nach dem Grundsatz der Privatautonomie steht es den Arbeitsvertragsparteien jedoch frei, neben ohnehin geltenden gesetzlichen Formvorschriften ihrerseits für die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsähnlicher Handlungen die Einhaltung einer bestimmten Form vorzuschreiben (Schaub/Linck § 123 Rn. 64), dh. auch strengere Anforderungen als in § 623 vorzusehen (zu § 568 differenzierend MüKo/**Schilling** § 568 Rn. 11).

<sup>99</sup> Staub, Arbeitsrecht-Handbuch, 16. Auflage 2015; Par. 123, Rn. 51-52.: Das Schriftformerfordernis in § 623 BGB gilt ohne Einschränkung für alle Kündigungen, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirken. Es gilt damit sowohl für die Kündigungserklärung des AG als auch für die des AN. Unerheblich ist, ob eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung erfolgt.

<sup>100</sup> Zur Angabe des Kündigungsgrundes verpflichtet § 623 nicht (LAG München 4. 10. 2005 – 6 Sa 97/05; allgemein für ein Begründungserfordernis bei Gestaltungsrechten jüngst **Büdenbender** AcP 210, 611). Insoweit verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen (vgl. Grundlagen D. Rn. 23f.). Für eine erweiternde Auslegung bietet der Wortlaut des § 623 keinen Anhaltspunkt. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber bei anderen Formvorschriften für Kündigungen die Frage der Angabe der Gründe ausdrücklich geregelt hat (vgl. §§ 573 III, 573a III; § 22 III BBiG; § 9 III 2 MuSchG). § 626 II 3 wäre zudem überflüssig.



*birleştirek toplu olarak da kullanılabilir” aksi takdirde, işveren işçisine kullandırmadığı iş arama süresine karşılık ücret ödemek zorunda kalacaktır.*<sup>101</sup>

İş Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenmiş olan, yeni iş arama izni, sözleşme yoluyla kaldırılamaz ve işçinin bu hakkından önceden feragat etmesi, hukuken geçersizdir. Bununla beraber iş arama izni, işçiye kanunen iş bulabilmesi için tanınan bir haktır. Bu sebeple de hakkın amacı gereğince, işçinin, bildirim süreleri içinde başka bir yerde iş bulup çalışmaya başlaması halinde, geriye kalan bildirim süresine ait herhangi bir ücret ya da iş arama izni talep hakkı bulunmayacaktır.<sup>102</sup> Bu durumda, işverenin herhangi bir ücret ödeme borcu da kalmayacaktır.

Sonuç olarak, yeni iş arama izni, sözleşmeyi hangi tarafın feshettiğine bakılmaksızın, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi zarfında kullanılmak üzere, işçiye tanınmış bir haktır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde veya iş sözleşmesi belirsiz süreli olmakla beraber ihbar süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle fesihlerde, bu hak söz konusu olmaz. Sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle feshinde de yeni iş arama izni uygulanmaz. Bu hakkın doğumu süreli fesih beyanının, bildirim süresi içindeki bir hüküm olarak bildirim süresinin uygulanması şartına bağlıdır. Bununla birlikte öğretilerdeki bir görüşe göre *“usulsüz fesihle bulunan işveren, hem ihbar tazminatı hem işçinin kullanamadığı yeni iş arama iznine dair ücreti”*<sup>103</sup> ödemek zorunda olduğu yönündedir.

Alman Medeni Kanunu’nun 629. maddesi uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan ve işine son verilecek olan işçinin bildirim süresi zarfında – doğrudan - yeni bir işe geçişini kolaylaştırmak amacıyla yeni iş arayabilmesi için işveren tarafından makul süre (*“angemessene Zeit”*) verilmesi gerektiği düzenlenmektedir.<sup>104</sup>

### 3. Bildirim Süresine İlişkin Ücretin Peşin Ödenmesi Yoluyla Fesih

İş Kanunu’nun 17. maddesinin 5. fıkrasında, işverence işçinin bildirim sürelerine ait ücretinin peşin ödenerek sözleşmenin işveren tarafından derhal feshi yoluna gidilebilmesi düzenlenmiştir. Aslında burada amaç işverence gözden çıkarılan işçinin artık işyerinde

<sup>101</sup> Benzeri düzenleme BK m. 421/2; daha detaylı bilgi için bkz. Güneş/Mutlay, 277 vd.

<sup>102</sup> Süzek, 521; Keser, 25.

<sup>103</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 912.

<sup>104</sup> § 629 BGB Freizeit zur Stellungssuche (BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629, beck-online).

tutulmak istenmemesi, işçinin bu an itibariyle çalışmasının verimsizleşmesi yahut işyerinde huzursuzluğa yol açması vb. ihtimaller karşısında işverene bir olanak tanımaktır. Böyle bir yaklaşım yadırganamaz, çünkü işten ayrılacağı anlaşılan işçinin hem performansının daha düşük olacağı hem de diğer işçiler açısından çalışma atmosferini olumsuz yönden etkileyeceği düşünülebilir. Çalışma barışının korunması açısından kanaatimizce de işverene bu imkanın tanınmış olması isabetli olmuştur. Kanun koyucu böyle bir düzenlemeyle, hem İş Hukuku'nun temel amaçlarından biri olan işçinin korunması hem de iş sözleşmesinin tarafları arasındaki hassas dengenin gözetilmesini sağlamıştır. Eleştirilmesi gereken nokta kanaatimizce, peşin ödemeli fesih türü sadece işverene tanınmıştır; işçinin aynı şekilde bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi gibi bir imkan verilmemiş olmasıdır.<sup>105</sup>

Alman İş Hukuku uygulamasında tek taraflı olarak işverence veya iki taraflı olarak ikale (Aufhebungsvertrag) veya mahkeme nezdinde sulh yoluyla (Protokollvergleich) iş sözleşmesini, fesih bildirim süresinin bitimini beklemeksizin, ücretin peşin ödenmesi karşılığında - işçinin istifa etmesi halinde ücretsiz olarak - iş ilişkisini önceden sonlandırılabilir (SGB III).

Ayrıca işçi, iş sözleşmesi devam ettiği sürece fesih bildirim süresinin bitimine kadar - kişilik hakkından kaynaklanan - iş sözleşmesi kapsamında işine devam etme hakkına sahiptir (Par. 611, 613, 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Burada Türk İş Hukukunda da görüldüğü gibi, işveren işyeri gereklerine dayalı olarak, işgücü fazlalığı sebebiyle veya işçinin yetersizliği sebebiyle, - bildirimsiz fesih mümkün olmadığı için -, işçiyi daha fazla istihdam etmek istemediğinden, kendisini bir an önce işyerinden uzaklaştırmaya çalışmaktadır. Böyle bir yaklaşımla işveren işçinin anayasal çalışma hakkını kısıtlamaktadır ve işçinin çalışma hakkını elinden almaktadır. Ancak bu durumda işveren ücret ödeme yükümünden kurtulamaz; çünkü ifa borcunu yerine getirmek isteyen işçinin işverence işinden bağışık tutulması yalnızca işvereni temerrüde düşürmektedir (Par. 615 BGB). Burada genel bir İş Hukuk prensibi olan “*İş olmadan ücret olmaz*” anlayışına istisnai durum („ohne Arbeit keine Lohn”), fesih bildirim süresi kapsamında işverence işçiye ücreti peşin ödenmesi yoluyla iş sözleşmesinin feshinden önce iş ilişkisine son verilmesidir.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Keser, 26-27; Süzek, 525.

<sup>106</sup> Beck-Online; NZS 2013, Heft 20, Schweiger, Maximilian, Arbeitsförderungrechtliche Folgen der Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung, S. 767 vd.

#### 4. Bildirim Süreleri Kullandırılmaksızın Sözleşmenin Usulsüz Feshi

Fesih beyanında bulunan tarafın, “*Hiç uygulamamak veya kısmen uygulamak suretiyle Kanunda veya sözleşmede öngörülen bildirim sürelerine uymaksızın, iş sözleşmesini feshetmesine, usulsüz fesih*” denilir<sup>107</sup>. Usulsüz feshin yaptırımı ise İş Kanunu’nda ihbar tazminatı olarak düzenlenmiştir.

İş Kanunu’nun 17. maddesinin 4. fıkrasında ihbar tazminatı, “*Bildirim şartına uymayan tarafın ödemesi gereken bir tazminat*” olarak tanımlanmaktadır. Daha açık bir tanıma yer verecek olursak, “*İhbar tazminatı, fesih bildiriminde bulunan tarafın, İş Kanunu’nun 17. maddesinin, 1 fıkrasında belirtilen bildirim sürelerine ve usule uymaması durumunda, kanunca belirlenmiş olan belli bir para tutarını ödemesini*”<sup>108</sup> belirleyen tazminat türüdür.

Böylece ihbar tazminatı süresi belirli olmayan iş sözleşmelerinde, önceden bildirimde bulunmamak, fesih bildiriminde bulunmakla birlikte bildirim öneli tanımamak, bildirim önelini kanunda ve sözleşmede belirtilen sürelerden eksik tanımak, kanuna uygun şekilde kullandırmamak veya önel şartlarına uymamak durumlarında söz konusu olan bir tazminattır. Diğer yandan, - daha öncede belirtildiği üzere - bildirim süresi içinde haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılması halinde, ihbar tazminatı ödenmesi durumu söz konusu olmayacaktır.<sup>109</sup>

İhbar tazminatı hakkı sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin (İK m. 10/2) usulsüz şekilde feshedilmesi halinde doğacaktır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise sözleşmenin haksız feshi farklı yaptırımlara bağlanmıştır. Bu sözleşme tipinde ihbar tazminatı söz konusu olmayacaktır.<sup>110</sup>

İhbar tazminatının miktarı ise, işçinin bildirim süresi zarfında çalışması durumunda buna karşılık alacağı ücret miktarı olarak belirlenecektir. İş Kanunu’nun 17. maddesinin 4. fıkrasından da anlaşıldığı gibi, ihbar tazminatı aslında “*Bildirim süresine ilişkin ücret tutarında*” bir “*götürü tazminatıdır*”; götürü tazminat olduğu için de işçi veya işveren zarara

---

<sup>107</sup> Manav, 191.

<sup>108</sup> Keser, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, 28-29; Çelik, 198; Narmanlıoğlu, 253; Süzek, 528.

<sup>109</sup> Süzek, 528; Keser, 28-29.

<sup>110</sup> Belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 1. bölümün 1. kısmına bkz.

uğrasa da uğramasa da bu tazminatı talep edilebilmektedir. İhbar tazminatının kesin ve götürü bir miktar olduğu kanun da belirtilmiş olduğundan, tazminatı elde edebilmek için zararın ispatına da ayrıca gerek yoktur.<sup>111</sup>

Şunu da belirtmek gerekir ki, ihbar tazminatı “*yasadan doğan götürü tazminat niteliği taşıdığından*” Borçlar Kanunu’nun 146. maddesi uyarınca 10 yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir.<sup>112</sup>

Aynı şekilde Yargıtay kararlarına göre de,<sup>113</sup> “*Yasada ihbar tazminatının miktarı “bildirim süresine ait ücret” olarak belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla Borçlar Kanunu’nun 125. ( 6098 sayılı TBK 146 ) maddesine göre on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.*”.

Sonuç itibarıyla, bildirim süresine uymayan taraf ihbar tazminatı alacaklısına bildirim süresini karşılayan ücreti ihbar tazminatı olarak ödemek zorunda kalacaktır. Bunun miktarı da İş Kanunu’nun 17. maddesinin 4. fıkrasında “*ücret tutarında*” bir tazminat olarak, İş Kanunu’nun 32. maddesinin, 1. fıkrasına göre ödeyecektir.<sup>114</sup> Burada esas alınacak ücret işçinin brüt ücreti olup, ücret para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler de eklenerek hesap edilecektir. Ancak bu açıdan sadece devamlılık arz eden ödemeler dikkate alınabilecektir<sup>115</sup>. Taraflarca artırılan ihbar süreleri söz konusu olduğunda ise ihbar tazminatının artırılan süre esas alınarak hesaplanması gerekeceği kabul edilmelidir. Ayrıca belirtelim ki, taraflarca ihbar süresinin artırılmadan sadece ihbar tazminatının miktarının artırılması da mümkündür.<sup>116</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 9. maddesine göre “*Mahkeme, iş sözleşmesinin feshedilmesini geçersiz olduğunun kanaatine varır ise ve fakat işçiden iş ilişkisini devam ettirilmesi beklenemez ise, Mahkeme işçinin talebi üzerine iş sözleşmesini ortadan kaldırır ve işvereni makul bir ihbar tazminatı ödemeye mahkum eder (...)*”. Böylece ihbar tazminatı

<sup>111</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 921-922; Narmanlıoğlu, 376 vd.; Süzek, 529.

<sup>112</sup> Kazancı: Yargıtay 9. HD. 31.1.2011, 2009/1551 E., 2011/1493 K.; 7.5.2013, 2011/39644 E., 2013/8037 K.: “*İhbar tazminatının miktarı “bildirim süresine ait ücret” olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.*”; Süzek, 529.

<sup>113</sup> Kazancı: Yargıtay 7. HD. 21.3.2013, 2013/4370 E., 2013/4135 K.; 12.12.2013, 2013/14969 E. 2013/22047 K.; Yargıtay 22. HD. 8.12.2014, 2014/22649 E., 2014/34688 K.

<sup>114</sup> Keser, 30; Süzek, 529.

<sup>115</sup> Süzek, 556.

<sup>116</sup> Ayrıntılı bilgi ve aksi yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Süzek, 557.

sadece haksız işten çıkarılmaya karşı açılan davalarda iş sözleşmesinin ortadan kaldırılması talebi ile birlikte Mahkemeden istenilebilir (*Kündigungsschutzprozess*). Dava açmaksızın işçi işverenden ihbar tazminatı talep etme hakkına sahip değildir. Dava dilekçesinde işçi sadece ihbar tazminatı almak istese dahi, bizzat yapılan haksız feshe karşı çıkmak zorundadır. Aksi takdirde haksız feshe karşı açılan dava mahkemece usulden reddedilmektedir.<sup>117</sup> Ancak sözleşme serbestisi kapsamında taraflar ikale yoluyla iş sözleşmesini sonlandırabilir ve işverence ödenecek olan ihbar tazminatını özgürce belirleyebilirler.

#### IV. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SÜRELİ FESHİ

##### A. Genel Olarak İş Güvencesi Kavramı ve Kapsamı

###### 1. İş Güvencesi Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce, süreli fesih hakkının kullanılmasında “*Sözleşme serbestisi ilkesi*” geçerli olup, işveren, herhangi bir neden ileri sürmeksizin, istediği zaman, - sadece bildirim sürelerine uymak şartıyla - işçilerin iş akitlerini feshetme hakkına sahipti. Asıl düşündürücü olan nokta, bu dönemde söz konusu fesih, hakkın kötüye kullanılması veya haksız fesih de olsa, geçerli bir fesih olarak kabul ediliyor ve tazminat yükümlülüğü doğurmakla birlikte iş ilişkisini sona erdirdiğinin kabul ediliyor olmasıydı. Üstelik işçinin işe iadesine ilişkin yasal bir hüküm de bulunmuyordu. Ancak 22 Haziran 1982’de kabul edilen ve 23 Kasım 1985 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi’nin Türkiye tarafından 9 Haziran 1994 tarihi ve 3999 sayılı Kanunla onaylanmasıyla, Türk İş Hukukunda da “*İş Güvencesi*”ne ilişkin kanuni yenilikler yapılması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmış ve konu tartışılmaya başlanmıştır.<sup>118</sup>

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere <sup>119</sup> : “*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, işverenin keyfi olarak fesih hakkını kullanmasına karşı getirilen bir iş hukuku kurumu olup, işverenin iş sözleşmesini fesih*

<sup>117</sup> BAG 29. 5. 1959 AP KSchG § 3 Nr. 19; KR/Spilger Rn. 14; v. Hoyningen–Huene/Linck Rn. 11

<sup>118</sup>Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 958 vd.; Süzek, 548; Keser, 37-38; Centel, Tankut, İş Güvencesi, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012, 20-21.

<sup>119</sup>Kazancı: Yargıtay 7. HD. 1.10.2014, 2014/5167 E.; 2014/18513 K.; 3.7.2014, 2014/6713 E., 2014/15184 K.; 16.4.2014, 2014/4485 E, 2014/8435 K.; Yargıtay 9. HD. 30.4.2014, 2012/8849 E, 2014/14105 K.

*hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar tanınması, biçiminde şekillenmiştir.*

Buradan anlaşılan, iş güvencesinin asli görevlerinden birinin işverence keyfi işten çıkarmalarının önüne geçilmesi olduğudur. Bunun da gerçekleşmesi için, işçiler işten çıkartılırken kanunun belirlemiş olduğu çerçeve dahilinde işverence yapılan feshin, geçerli bir sebebe dayandırması koşuluna bağlanması ve yargıçlar tarafından feshin dayandırıldığı sebebin denetlenebilmesidir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin kapsamı, sınırları ve yöntemlerini belirleyen 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde; *“İş sözleşmesine son vermenin geçerli bir sebebe dayandırılması ve geçerli sebep teşkil etmeyecek haller, sözleşmenin feshinde takip edilmesi gereken usul, fesih bildirim itiraz ve usulü, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle işverenin feshinde işçi temsilcilerine danışma ve yetkili makama bildirim usulleri”* düzenlemektedir.<sup>120</sup>

İş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin kurallar 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 4., 5., ve 6. maddelerinde yer almış ve bu kapsamda *“İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı geçerli bir fesih sebebi olmadıkça, işçinin iş ilişkisine son verilmeyeceği”* hükme bağlanmıştır.<sup>121</sup> Burada belirtilen bu sebepler Türk İş Hukuku'nda da daha sonra inceleyeceğimiz üzere geçerli fesih sebepleri olarak kabul edilmiştir.

*“İş güvencesi”* nin asli fonksiyonu, işçinin işini güvence altına almak ve işçinin işine işveren tarafından keyfi bir biçimde son verilmesini önlemektir. Buradaki keyfiyet; işverence gerçekleştirilecek feshin, *“Herhangi bir akla yakın (makul) veya uygun (yerinde) bulunmayacak bir nedene”* dayandırılması ve üstelik *“Hiçbir neden olmaksızın sadece keyfe (tek taraflı isteğe) dayalı”*<sup>122</sup> olarak yapılmasıdır.

---

<sup>120</sup>Kara, Etem, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Fesih ve Sonuçları, Bilge Yayınevi, 1. Baskı Ankara 2007,19-20; Keser, 38; 158 sayılı ILO Sözleşmesi, <https://csgb.gov.ct.tr/Portals/1082/ILO%20Sozlesmeleri/ILO7.pdf>

<sup>121</sup> Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, 959-960; 158 sayılı ILO Sözleşmesi <https://csgb.gov.ct.tr/Portals/1082/ILO%20Sozlesmeleri/ILO7.pdf>.

<sup>122</sup> Centel, 10.

## 2. İş Güvencesinin Kapsamındaki İşçilere Sağlanan Koruma

İş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, İş Kanunu'nun 18. vd. maddeleri doğrudan uygulanır. Ancak bu ilişkilerde, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanlara uygulanan İş Kanunu'nun 17. maddesi de – kötü niyet tazminatına ilişkin hüküm (17/6) dışında - uygulama alanı bulur. Bir diğer deyişle, bildirim sürelerine ilişkin düzenleme iş güvencesi kapsamına giren veya girmeyen tüm belirsiz süreli iş sözleşmeleri için uygulama alanı bulmaktadır.<sup>123</sup> Çünkü bu düzenleme belirsiz süreli iş sözleşmesinin olağan fesih yolu olan süreli feshine ilişkin hüküm getirmektedir ve uyulacak bildirim süreleri bakımından işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sözleşmelerinde süreli feshi için geçerli nedenlerin varlığı aranmazken, iş güvencesi kapsamına girenlerin sözleşmelerinin feshinde geçerli bir nedene (İK m. 18/1) dayandırılması zorunludur. İş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçiler bakımından, sadece kötüniyetli feshe karşı getirilmiş bir koruma bulunmaktadır. Gerçekten de bu işçiler, fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddiasıyla “*kötü niyet tazminatı*” isteyebilirken (İK m. 17/6), iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler bu tazminatı talep edemezler. Ancak çok daha koruyucu nitelikteki iş güvencesi hükümlerden (İK. 18 vd.) faydalanabilmektedirler.<sup>124</sup> Oysa iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere sağlanan kötüniyetli feshe karşı koruma oldukça sınırlı bir alana sahiptir. Gerek tazminat miktarının ihbar tazminatının üç katı ile sınırlı olması gerekse kötü niyet iddiasının ispatında yaşanan güçlükler, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri oldukça güvencesiz bir alanda bırakmaktadır. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçi grupları ve diğer ayrık durumlar aşağıda ayrıca ele alınacaktır<sup>125</sup>.

158 sayılı ILO sözleşmesinin ilgili hükümleri ile örtüşen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırmak zorundadır*”. Böylece işverenin feshi dayandırabileceği sebeplerle uluslararası sözleşmeye uygun olarak sınırlandırılmıştır.

<sup>123</sup> Bildirim sürelerine ilişkin 1. bölümün 3. kısmına bkz.

<sup>124</sup> Süzek, 553.

<sup>125</sup> İş Güvencesi kapsamına girmeyen işçilere ilişkin 1. bölümün 4. kısmına bkz.

### 3. İş Güvencesi Hükümlerinin Kapsamı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/2 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.*”. Böylece kanun koyucu bu düzenleme ile iş güvencesi hükümlerinin kapsamına giren işçileri tespit etmiştir. Bu hüküm çerçevesinde aranan koşulları ayrıntılı olarak değerlendirecek olursak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için aranan koşullar aşağıdaki gibidir:

#### a) İş Kanunu Veya Basın İş Kanunu<sup>126</sup>Kapsamında İşçi Olmak

İş güvencesine ilişkin hükümler kural olarak İş Kanuna tabi olan ve İş Kanunu'nun 18. maddesinin, 1. fıkrasında yer alan aşağıda sayılan işçiler, bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, Basın İş Kanunu'nda yer alan özel hüküm sebebiyle bu hükümlerden gazeteci sıfatına sahip çalışanlar da yararlanabilmektedir. Gerçekten Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin, 10. fıkrasında “*İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır*” denilmektedir.

İş Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan kapsam dışında bırakılan çalışanlar ile Deniz İş Kanunu'na ve ayrıca genel hükümler kapsamında Borçlar Kanunu'na tabi olan işçilere ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanmayacağı için bu kimseler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Aslında bu durum, onaylamış olduğumuz 158 sayılı Uluslararası Sözleşmenin 2. maddesiyle örtüşmemektedir, zira “*Bu sözleşme ile getirilmiş olan iş güvencesinin bütün iş kolları ve iş akdine göre çalışanlar hakkında uygulanacağı*” açıkça ifade edilmiştir.<sup>127</sup> Kanaatimizce hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın işçi olarak nitelendirilen tüm çalışanlar bakımından iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği ayrı ve özel bir düzenlemeye yer verilmesi, hatta bir adım daha öteye geçilerek Alman Hukuku'nda olduğu gibi iş güvencesinin özel bir yasa ile düzenlenmesi daha isabetli olacaktır<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun.

<sup>127</sup> Süzek, 554; Narmanlıoğlu, 495; Centel, 28-29; Manav, 47.

<sup>128</sup> Alman Feshe Karşı Koruma Kanununun kapsamına giren işçiler için 1. bölümün 4 kısmına bkz.



## b) İşyerinde Otuz veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

İş Kanunu'nun 18. maddesinin, 1. fıkrasında iş güvencesi kapsamına girilmesi için “*işyerinde, otuz veya daha fazla işçi çalıştırma*” şartı getirilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında “*İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceği*” ifade edilmiştir. Buradan anlaşılan odur ki, işverenin birden fazla işyerinin bulunması halinde, aynı işverene tabi ve aynı işi yapan, fakat farklı iş kolunda çalışan işçilerin toplam sayısı 30'un altında kalıyorsa, iş güvencesi kapsamına girmeyeceklerdir. Örneğin, aynı işverene ait biri tekstil diğer gıda işkolunda çalışan iki sekreterin biri otuzdan fazla işçinin çalıştığı işyerinde, diğeri otuzdan az işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışıyorsa, sadece otuzdan fazla işçinin çalıştığı işyerinde çalışanın iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkündür. Çünkü işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının dikkate alınması işçinin yaptığı işin niteliğine değil bu işyerlerinin aynı işkolunda olmasına bağlanmıştır.

Aslında, Bilim Kurulu Taslağında ve 4773 sayılı Yasada, iş güvencesi kapsamına girecek işçi sayısı bakımından “*on işçi*” ölçütü esas alınmıştı, ancak daha sonra 4857 sayılı İş Kanunu ile bu sayı değiştirilmiş ve “*otuz işçi*” ölçütü kabul görmüştür.<sup>129</sup>

Gerek uluslararası alanda gerekse hukukumuzda işçi sayısına yönelik bir sınırlama getirilmesi, “*Ekonomik açıdan daha güçsüz olan küçük işyerlerinin iş güvencesi hükümlerinin getirmiş olduğu yükümlülükleri kaldıramayacağı düşüncesine*” dayanmaktadır ve bu sebeple buralarda az sayıda işçi çalıştırılan işyerlerinin kapsam dışı bırakılması gerekliliği kabul edilmiştir.<sup>130</sup>

“*Otuz işçi*” ölçütüne yer veren İş Kanunu'nun 18. maddesinin, 1. fıkrası, Anayasa'nın 10., 13. ve 49. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davasına konu olmuştur. Fakat Anayasa Mahkemesi bu istemi şu gerekçelerle reddetmiştir:

“*İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. Anayasa mahkemesi bu ölçütü 158 sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen “İşletme Büyüklüğü” ve “Özel İstihdam Şartları” göz önünde*

<sup>129</sup>Aras, Talip, „İş Güvencesinden yararlanmanın koşulları ve emredicilik“ (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-119-1501>); 438 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 962 vd.

<sup>130</sup>Aras, 437 vd.

*tutularak kurala istisnalar getirebileceği gerekçesiyle uygun bulmuş, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinden, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmadığı görülmektedir”<sup>131</sup>denilmiştir.*

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesinin, 5. fıkrasına dayandırılmış olsa da, nispeten “*küçük çaplı*” – yani azami dokuz işçiye kadar çalıştırılan - işyerleri açısından böyle bir yaklaşım yerinde olabilecektir. Ancak, on ila yirmi dokuz işçi çalıştırılan işyerlerinin de - ki bunlar artık orta ölçekli işyerleri sayılabilir - bu bağlamda görülmesi şaşırtıcıdır. Başka bir ifadeyle, ne küçük çaplı işletmelerin bazı mali sebeplerden dolayı iş güvencesi kapsamında görülmemesi ne de 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesinin, 5. fıkrasındaki “*Sınırlı bir işçi kategorisinin kapsam dışı bırakılabileceği*” hükmü, ondan fazla işçi çalıştıran ve artık küçük sayılamayacak – on ila yirmi dokuz işçi çalıştırılan - işyerlerinin iş güvencesi kapsamına dahil edilmemesi durumunu, izah edemez.<sup>132</sup>

İlginçtir ki, daha önce 4773 sayılı Yasada yer alan “*on işçi*” ölçütü dahi öğretinin yoğun eleştirisine maruz kalırken, 4857 sayılı Kanunda “*otuz işçi*” ölçütüne yer verilmiştir. Oysa otuz işçi ölçütü “*iş güvencesi müessesinin*” gütmüş olduğu amaca tamamen aykırı düşmektedir. Küçük ve orta çaplı işyeri/işletme kavramı belirlenirken ülkenin genel ekonomik yapısı, işyerlerinde çalıştırılan işçi sayısı gibi kriterler de dikkate alınmalıdır. Ülkemiz gibi gelişmekte olan ve işyerlerinin büyük çoğunluğu küçük işyerlerinden oluşan ülkelerde özellikle dikkatli olunması gerekmektedir. “*Zira iş güvencesi kapsamına girme koşulunun otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler bakımından söz konusu olması ile birlikte ülkemizdeki işyerlerinin ortalama %90'ından fazlası ve işçilerinde yarısından fazlası iş güvencesizdir*”.<sup>133</sup>Bu sebeple de kanaatimizce gerçekleştirilecek bir yasa değişikliği ile otuz işçi sayısının indirilmesi, iş güvencesinin gerçekten var olduğundan söz edilebilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Aksi halde zaten iş güvencesinin en az olduğu, işverenlerin keyfi fesihlerinin daha yoğun görüldüğü, profesyonellikten uzak orta çaplı

<sup>131</sup> Kazancı: AYM, 19.10.2005, 66/72, RG, 24.11.2007, S.26710.

<sup>132</sup> Aras, 438; Centel, 37 vd.; Manav, 35-36; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 962 vd.; Süzek, 555; Çelik, Nuri “İş güvencesi kapsamı ile ilgili otuz işçi sayısını düzenleyen iş kanunu kuralının iptali isteminin Anayasa mahkemesince reddi üzerine düşünceler” (<http://ticaret.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00184.pdf>); Keser, 49; Kazancı: Yargıtay 7. HD.15.10.2014, 2014/11711 E., 2014/18862 K.; Yargıtay 22. HD. 2.3.2015, 2015/5100 E. 2015/8450 K.

<sup>133</sup> Daha geniş Bilgi için bkz. Aras, 439 vd.

işyerlerinde çalışan işçiler tam bir güvencesizliğe mahkum edilmiş olarak kalacaklardır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere iş güvencesi olmayan işçilere sağlanan kötünietli feshе karşı güvence oldukça yetersizdir.

Ayrıca belirtelim ki, İş Kanunu'nda aranan en az “otuz işçi” ölçütü mutlak emredici bir hüküm olmayıp, nispi emredici nitelikte olduğundan taraflarca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yahut işyeri iç yönetmeliği düzenlemeleri yoluyla daha az sayıya indirilebilir, fakat “otuz işçi” ölçütünün üzerinde bir sayının kararlaştırıldığı sözleşme yapılamaz.<sup>134</sup> Belirtelim ki, otuz işçi sayısının daha altında bir sayının belirlendiği haller özellikle toplu iş sözleşmeleri ile getirilen düzenlemelerle karşımıza çıkmaktadır.

Otuz işçi ölçütünün belirlenmesi konusunda, mevcut işyerinde - fesih işlemi sırasındaki işçilerin sayısı dikkate alınacaktır.<sup>135</sup> İşyerindeki toplam işçi sayısına, fesih sırasında işyerinde çalışan kadrosunda bulunan (hasta, izinli işçiler gibi ödünç verilen işçiler de) tüm işçiler dahil edilmekle beraber, sadece iş güvencesi kapsamına girilmemesi için, işçilerin bir kısmını muvazaalı bir biçimde alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi durumu söz konusu olduğunda – ki ispatı gerekecektir -, muvazaalı ilişkinin geçersizliğine karar verildiği takdirde bu işçilerde dahil edilecektir.<sup>136</sup>

Alman İş Hukukunda iş güvencesine ilişkin özel olarak Feshe Karşı Koruma Kanunu bulunmaktadır; iş güvencesine ilişkin şartlar bu Kanunu'nun 1., 14., 23. ila 25. maddelerinde düzenlenmiştir. İş güvencesi kapsamına girebilmesi için, çalışanın işçi konumunda olması – Türk Hukukunda da olduğu gibi – esaslı şarttır.<sup>137</sup> Bunun dışında söz konusu kanun birçok kez değiştirilmiştir.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin, 1. fıkrasının, 3. cümlesinde (KSchG = Kündigungsschutzgesetz) değişiklik sonrasında 31 Aralık 2003 tarihinden sonra işe

---

<sup>134</sup>Centel, 37-38; Keser, 46-47; Kazancı: Yargıtay 22. HD, 20.1.2015, 2014/35059 E., 2015/571 K.; 27.9.2013; 2013/23659 E., 2013/20129 K.; 02.10.2014, 2014/23254 E., 2014/27209 K.

<sup>135</sup>Kazancı: Yargıtay 22.HD. 2.10.2014, 2014/23254 E., 2014/27209 K.: “Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibariyle belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır. Gerekçeli kararda işyerinde fesih tarihinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması şartının gerçekleştiğini belirtmiş ise de, işçi sayısının tespitine yönelik bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. İşyerinde fesih tarihinde otuz işçi sayısı bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapıp işçi sayısı tespit edilerek hüküm kurulmalıdır.”.

<sup>136</sup> Süzek, 559; Narmanlıoğlu, 496; Keser, 50.

<sup>137</sup>Anscheid/Preis/Schmidt, Kündigungssrecht, Grosskommentar zum Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage 2012, Par. 1 KSchG, Rn 12.

başlayan işçiler, on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde “iş güvencesi” kapsamına girmiştir. 31 Aralık 2003’den önceki düzenlemeye göre, küçük çaplı işyerlerinde (“Kleinbetriebsklausel”) “Beş ve daha fazla işçi (5.25)” çalıştırılan işyerlerinde iş güvencesi sağlanmaktaydı. Yapılan değişiklik sonucunda, söz konusu maddesinin, 2. cümlesinin aksi yorum yoluyla (Umkehrschluss aus § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG), beş ve daha fazla işçi (5.25) çalıştırma kuralı 31 Aralık 2003 öncesinde işe başlayan ve önceki iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından, 31 Aralık 2003 tarihinden sonrada geçerliliğini koruyacaktır. Yalnız 31 Aralık 2003’den önceki düzenleme kapsamına giren işçiler arasında - *eski işçiler* (Altarbeitnehmer) - işten ayrılanlar olması ve bu durumda işçi sayısının beşin altına düşmesi halinde, diğer işçiler açısından da iş güvencesi ortadan kalkar ve 31 Aralık 2003’den sonraki işçiler konumuna gelirler. Bu durumda iş güvencesi kapsamına girmek için, yeni hüküm kuralı geçerli olur, on ve daha fazla işçi sayısı göz önünde bulundurulması gerekmektedir (Par. 23 Abs. 1 S. 3 KSchG).<sup>138</sup> Alman İş Hukuku’nda yer verilen on işçi ölçütü değerlendirilirken elbette bu ülkenin ekonomik yapısı, büyük çaplı işletmelerin ülkemize oranı vb. kriterlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Kanaatimizce, iş güvencesinden yararlanma hakkının otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçilerle sınırlandırılması, Anayasa’nın 10. maddesindeki “eşitlik ilkesine” aykırıdır. İş Kanunu’nda otuz veya daha fazla işçi çalıştırma ölçütünün getirilmesi sonucunda ülkemizdeki “İşyerlerinin yaklaşık % 90’dan fazlası ve işçilerin de yaklaşık yarısı iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında” kalmaktadır.<sup>139</sup> Bu da aslında iş güvencesinin değil tam aksine iş güvencesizliğinin söz konusu olduğu anlamına gelmektedir. Küçük bir azınlığın yararlandığı bir iş güvencesi sisteminin, bu sistemden umulan amaca ulaşması elbette imkansızdır.

Aslında İş Kanunu’nun 18. maddesinin 1. fıkrasının hedeflemiş olduğu amacının aynı kapsamına giren bu kadar geniş bir işçi kitlesini kapsam dışı bırakılması, Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan “kişilerin kanun önünde eşitliği temel hakkını” haksız bir şekilde sınırlandırıldığı anlamına gelmektedir. Bu sebeple ifade etmek gerekir ki, bu hususta Anayasa Mahkemesinin kararına da katılamıyoruz. Diğer yandan Alman Feshe Karşı Koruma Kanundaki düzenlemeye baktığımızda, çember okadar geniş tutulmuştur ki, ne kadar çok işçi

<sup>138</sup> Ascheid/Preis/Schmidt, Par. 23 KSchG , Rn. 27 f ;Dütz/Thüsing, 201; Waltermann, Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2014, 144; Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar, München 2012, 2128.

<sup>139</sup> Kara, 13.

iş güvencesi kapsamına dahil edilip işverene karşı korunursa, okadar maksadına uygun olacağı kanısı hakimdir. Umulur ki, ileride yapılacak bir değişiklikle hukukumuzda da otuz işçi sayısının olabildiğince indirilmesidir. En azından iş güvencesini düzenleyen 4773 sayılı Kanun Taslağında yer verilmiş olan on işçi ölçütü benimsenmesinin olumlu olacağını düşünmekteyiz.

### c) İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması

İş Kanunu'nun 18. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca, bir işçinin iş güvencesi kapsamına girmesi için, “*En az altı aylık kıdeme sahip*” olması gerekmektedir. Sözü geçen maddenin 2. fıkrasına göre, altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66. maddesindeki süreler dikkate alınacaktır<sup>140</sup>.

Ayrıca aynı maddenin 4. fıkrasına göre, “*Altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edileceği*” ifade edilmiştir. İstisnai olarak 10.09.2014 tarihinde madde de gerçekleştirilen değişiklikle yer altı işlerinde çalışan işçiler bakımından kıdem şartının aranmayacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar olumlu bir değişiklik olsa da kanaatimizce bu işçiler bakımından işçi sayısının ve başka herhangi bir koşulunda aranmadığı özel bir güvence sağlanması daha isabetli olacaktır. Böylece işverenlerin kendi işçilerini başka işverenlerin işçisi gibi gösterip iş güvencesi hükümlerinden kaçınmaya çalışmaları da önlenmiş olabilecektir.

Şayet iş sözleşmesinde “*deneme süresi*”<sup>141</sup> öngörülmüşse, bu sürede de kıdem hesabına dahil edilecektir. Bunun yanı sıra, aynı işveren yanında çalışılmış olması şartı ve altı aylık sürenin tamamının İş Kanunu'na ve/veya iş güvencesi kapsamında tamamlanmış olunması şartı da aranmamaktadır.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup>İş Kanunu'nun 66. maddesine göre, “*Çalışma süresinden sayılan haller Madde 66 - Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır: a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler. b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler. c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler. d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler. e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler. f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler. İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.*”

<sup>141</sup>Deneme süresine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Deneme Süreli İş Sözleşmeleri, İKÜHFD, Temmuz 2012, 47-84.

<sup>142</sup>Süzek, 559; Centel, 45-46.

Altı aylık sürenin hesaplanması – otuz işçi ölçütünden farklı olarak – önceki çalışılmış olan işyerlerinin aynı işkolundan olması zorunluluğuna tabi tutulmamıştır. Aynı işverenin farklı işyerleri veya değişik işkollarında dahi çalışılmış olsa, bu işyerlerinde toplam ne kadar süre çalışılmışsa, bu süre hesaplamada dikkate alınır. Sürenin belirlenmesinde ise, fesih bildirimının sonuç doğurduğu tarih değil de, fesih bildiriminin işçiye ulaşmış olduğu tarih esas alınmaktadır. Yani, işçi bildirim süresi zarfında çalıştırılmış olsa dahi, bu süreler hesaba katılmaz.<sup>143</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin, 1. fıkrasındaki düzenlemeye bakıldığında, “*Altı aylık kıdem şartı*” burada da görülmektedir. Her iki ülke de, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2/b maddesindeki düzenlemeye doğrudan uymuştur (İK m.18/1; § 1 Abs. 1 KSchG).<sup>144</sup>

Her iki mevzuatta da altı aylık kıdem süresi nispi emredicidir, arttırılamaz, ancak işçi yararına kısaltılabilir. Ancak aradaki önemli fark odur ki, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunundaki düzenlemeye göre, altı aylık sürenin hesabında aralıksız olarak fiili çalışmalar göz önünde bulundurulurken<sup>145</sup>; 4857 sayılı İş Kanunu'nda, fiili çalışmayı değil de, iş sözleşmesinin - aralıklı olarak fiilen çalışmış olursa dahi – işe girişten itibaren işleyen süre esas alınmıştır. Bu süre, işçinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren işleyecek ve işçinin “*işe başladıktan sonraki süreçte hastalığı nedeniyle aldığı raporlar, ücretli ve ücretsiz izinler bu kıdem süresinden sayılacak ve süre işlemeye*” devam edecektir.<sup>146</sup> Bu açıdan sürenin belirlenmesine ilişkin olarak Türk Hukukunda yer alan düzenlemenin Alman Hukukuna nazaran daha işçi lehine olduğu kabul edilebilecektir.

---

<sup>143</sup> Süzek, 560; Narmanlıoğlu, 498-499; Manav, 57.

<sup>144</sup> Anschaid/Preis/Schmidt, KschG Par.1, Rn. 37-40: Maßgeblich für die Berechnung der sechsmonatigen Wartezeit in § 1 I ist der ununterbrochene rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses; Beck-Online: (BAG 22. 9. 2005 AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 20 = NZA 2006, 429; 19. 6. 2007 AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 23 = NZA 2007, 1103). Dies ist nicht anders zu verstehen wie der Begriff der Betriebszugehörigkeit (BAG 23. 9. 1976 AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 1 m. Anm. G. Hueck = NJW 1977, 1311; 6. 12. 1976 AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 2 = NJW 1977, 1309; KDZ/Deinert Rn. 22).

<sup>145</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1711.

<sup>146</sup> Çomoğlu, 23-24; Kazancı: Aynı yönde: Yargıtay 22. HD. 29.06.2012, 2012/161 E., 2012/15023 K.

#### d) Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

İş Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrası uyarınca "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri" - iş güvencesi kapsamına dahil edilmezler ve bunlar hakkında 19., 21., 25./son fıkraları uygulanmaz. Genelde uygulamada bu hüküm çoğunlukla "Genel müdürleri veya genel müdür yardımcıları" hakkında geçerli olmaktadır.<sup>147</sup>

Yargıtay'ın 22. Hukuk Dairesinin oldukça yeni tarihli bir kararına göre<sup>148</sup>: "Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir. Buna göre, işletmenin bütününe sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; (...) ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.". Kanaatimizce de karar iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılan işveren vekillerini isabetli biçimde tespit eden ve gerekli ölçüde sınırlayan bir karardır.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında "Yönetici konumundaki işçiler" başlığı altında benzer bir düzenleme bulunmaktadır;<sup>149</sup> Böylelikle tüzel kişilerin organları ve kişi topluluklarının temsilcileri Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. ila 13. maddesi kapsamı dışında tutulacağı ve genel iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacakları maddede açıkça belirtilmiştir. Söz konusu 14. madde burada açıklayıcı

<sup>147</sup> Süzek, 566; Narmanlıoğlu, 501-502; Centel, 49 vd.; Keser, 58-59; Manav, 63.

<sup>148</sup> Kazancı: Yargıtay 22. HD. 9.3.2015, 2015/5580 E., 20159317 K.

<sup>149</sup> § 14 KschG (1) Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten nicht 1.in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, 2.in Betrieben einer Personengesamtheit für die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufenen Personen. (2) <sup>1</sup>Auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit Ausnahme des § 3 Anwendung.<sup>2</sup>§ 9 Abs. 1 Satz 2 findet mit der Maßgabe Anwendung, daß der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner Begründung bedarf.

bir fonksiyona sahiptir. Çünkü bu kişilerin zaten iş güvencesi kapsamında aranan bir iş sözleşmesine tabi *işçi* olarak çalışmamaktadırlar. Aynı 14. maddenin 2. fıkrası uyarınca yönetici konumdaki işçiler, örneğin şirket müdürleri veya işveren vekilleri (Geschäftsführer, Betriebsleiter) tartışmasız olarak *işçi* konumundadırlar ve iş güvencesi kapsamına girmektedirler.

Yukarıda daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere, iş güvencesiyle işçi konumundaki çalışanların işleri güvence altına alınmaya çalışılmaktadır (Bestandschutz). Buna istisna olarak söz konusu Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi getirilmiştir. Burada işveren ile yönetici konumundaki işçi ile iş sözleşmesini ikale anlaşmasıyla (Auflösungsvertrag) derhal ve gerekçe göstermeksizin sonlandırılabilir (Par. 14 Abs. 2 S. 2 KSchG).<sup>150</sup>

Bu durum özellikle ispat yükü açısından işvereni hafifletmektedir. İhtilaf halinde Mahkeme işin sonlandırılmasını (feshi) “sosyal” açıdan değerlendirecektir; ancak işveren burada işyeri gereklerine dayalı olarak birlikte çalışmanın mümkün olmadığına ilişkin ispat yükünden kurtulmaktadır. Gerçekten de işveren vekili ile olan ilişki çekilmez bir hal almış ise ve aslında iş ilişkisi bildirimli feshi ile de sonlandırılabilirse, işveren burada işçiye ikale yoluyla iş ilişkisini sonlandırmayı dayatmış ise, bu geçerli sayılmaktadır. Bu durumda işveren yine de işçiye mahkemece belirlenecek olan bir tazminat ödemek zorundadır. Sonuç itibarıyla bu hükümlerle belirli pozisyonda çalışan işçilerin daha az korunması gerektiği düşüncesi yatmaktadır (Schwacher Bestandsschutz).<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup>Beck-Online: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16.Auflage, Rn 7 ff.; Dem Kündigungsschutz unterliegen auch Geschäftsführer im nicht organschaftlichen Sinn, Betriebsleiter oder sonstige leitende Angestellte (§ 14 II KSchG; Sonderregelung: § 24 V KSchG), sofern sie zur selbständigen Einstellung oder Entlassung berechtigt sind.; Beck-Online § 43 Ordentliche Kündigung: Moll, Ulrich, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012, Rn 59-60; Erfurter Kommentar KSchG Par. 14, Rn. 18-19.

<sup>151</sup> Erfurter Kommentar: Par. 14, Rn. 14-16: *Besonderheiten* gelten hins. der gerichtl. Auflösung des ArbVerh. eines ltd. Ang. gem. § 14 II 2. § 9 I 2 findet mit der Maßgabe Anwendung, dass der *Antrag des AG auf Auflösung des ArbVerh. keiner Begr. bedarf*. Voraussetzung ist zwar auch hier, dass das Gericht die Sozialwidrigkeit der Kündigung feststellt. Der AG ist aber v. der Darlegungs- und Beweislast dafür befreit, dass eine den Betriebszwecken dienl. weitere Zusammenarbeit nicht mehr erwartet werden kann. Wenn das mit einem ltd. Ang. bestehende ArbVerh. so gestört ist, dass es zu einer Kündigung gekommen ist, soll der AG letztl. die Möglichkeit haben, durch einen Auflösungsantrag die Beendigung der Vertragsbeziehungen zu erzwingen (HHL/v. **Hoyningen-Huene** Rn. 34; KDZ/**Deinert** Rn. 27; KR/**Rost** Rn. 38). Der AG hat allerdings auch hier eine v. Gericht festzusetzende Entschädigung zu zahlen, bei deren Bemessung dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass der Bestandsschutz ltd. Ang. durch § 14 II schwächer ausgestaltet ist (dazu § 10 Rn. 5).



#### e) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışmak

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen diğer şartların yanı sıra, *işçinin "Belirsiz süreli iş sözleşmesi"* ile çalışması aranmaktadır. Belirli süreli iş akdine tabi olarak çalışmanın en dezavantajlı yanı; bu işçilerin iş güvencesi kapsamına girmemeleridir. Pratik iş hayatında, işverenler iş güvencesi hükümlerini dolanarak kaçmak için, belirli süreli iş sözleşmelerini – *özellikle zincirleme sözleşme yoluyla* – hukuki araç olarak kullanmaktadırlar; fakat daha öncede belirttiğimiz üzere İş Kanunu'nun 11. maddesiyle bunun önüne geçilmiş ve sıkı koşullara dayandırılmış hüküm altına alınmıştır.<sup>152</sup> Şunu da belirtmek gerekir ki, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşul bulunmaması sebebiyle geçersiz sayıldığı hallerde de sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edileceğinden, işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Bu sebeple de, uygulamada sözleşmenin belirli süreli olarak kararlaştırıldığı fakat objektif sebebin bulunmadığı haller dikkatlice tahlil edilerek, sözleşmenin sona ermesi durumunda açılacak davanın doğru tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. Özellikle de bu açıdan işe iade davasının açılması bakımından aranan bir aylık hak düşürücü sürenin kaçırılmaması önemlidir.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda iş güvencesi kapsamına girmek için belirsiz süreli veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışılıyor olması ayrımı yapılmamaktadır. Burada belirli süreli iş sözleşmesi altında çalışan bir işçinin işi belirli sürenin bitimiyle kendiliğinden sona ereceği malumdur. Ancak işveren bu sürenin dolmasından önce işçinin işine son vermek istemesi halinde bu durum gündeme gelecektir. Burada da Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. ve 23. maddesinin genel şartlarının - on ve daha fazla işçinin tam süreli çalışıyor olması ve 6 aylık bir kıdemin bulunması - varlığı halinde, belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçide iş güvencesinden faydalanabilecektir.

---

<sup>152</sup> Belirli süreli İş Sözleşmesine ilişkin 1. bölümün 1. kısmına bkz.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 17 vd.; Centel, 34-35; Narmanlıoğlu, 495; İş güvencesi kapsamında fesih bildirimine itiraza ilişkin bkz. Çelik, Çağrı, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Fesih ve Sonuçları (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) Eskişehir, 2006 s. 86 vd.

## B. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Feshinde Uyulması Gereken Fesih Usulü

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesinin feshinde zorunlu olarak uyulması gereken özel bir usul öngörmektedir. İş Kanunu'nun sözü geçen hükmüne göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca, hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Bu usule ilişkin koşullar aşağıda incelenecektir:

### 1. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması

Yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanunu'nun 19. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca, iş güvencesi kapsamında fesih bildirimini geçerli olabilmesi için, yazılılık şartı aranmaktadır.<sup>153</sup> Yine yukarıda değindiğimiz üzere, iş güvencesi kapsamına girmeyen iş ilişkilerinde, herhangi bir sebep göstermeksizin, fesih bildirimini karşı tarafa iletilmesiyle geçerli sayılır.<sup>154</sup> Ancak iş güvencesi kapsamında işverence yapılan fesihlerde, İş Kanunu'nun 20. maddesinin, 1. fıkrası gereğince “*fesih bildiriminde sebep gösterilmediği (...)*” ve 21. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca “*işverence geçerli neden gösterilmediği (...)*” takdirde, işçiye, birinci durumda fesih bildirimine karşı itiraz hakkı veya ikinci durumda fesih bildirimini geçersizliğini ileri sürme hakkı doğmaktadır.

Bu bağlamda fesih bildirimini yazılı yapılmaması, feshe sebep olurken, yazılılık unsuruna riayet edilmiş, fakat fesih sebebi gösterilmemişse, İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince feshin geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Bundan dolayı, fesih bildirimini “*Yazılı yapılmaması nedeniyle feshin butlanını kural olarak herhangi bir süreye bağlı*” olmaksızın ileri sürülebilirken, “*yazılı fesih bildiriminde fesih sebebinin gösterilmediği durumlarda, İş Kanunu'nun 20. maddesi anlamında feshin geçersizliğini ileri sürmek, 1 aylık hak düşürücü süreye*” tabi tutulmuştur.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> Fesih Beyanının Özellikleri ve Şekli için 1. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>154</sup> Fesih Beyanının Özellikleri ve Şekli için 1. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>155</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1027; Kılıçoğlu/Şenocak,496-497; Manav, 68.

## 2. Fesih Nedeninin Açık ve Kesin Bir Şekilde Belirtilmesi

İş Kanunu'nun 19. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca, fesih bildirimının yazılı olmasının yanı sıra, fesih sebebinin de “açık ve kesin” bir şekilde belirtmiş olması gerekmektedir. Beyan, muhataba yöneltilirken anlaşılır ve kesin – farklı yönde yoruma mahal vermeyecek biçimde - olması gerekir. İş Kanunu'nun 19/1. maddesinin “açık ve kesin” bir şekilde feshin karşı tarafa ifade edilmesi gerekliliğini bir geçerlilik şartı olduğundan, sözleşmenin feshedildiği ifadesi yanında ayrıca fesih nedeni, belirli, somut bir olay veya duruma dayalı olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Burada sadece “*Fesih bildiriminde bulunuyorum*” şeklinde kelimeler kullanmak yeterli değildir. Kanaatimizce, işverenin işçiye yetersizliği veya davranışları nedeniyle hangi açıdan yetersiz olduğunu veya hangi davranışından dolayı süreli fesih yoluna gidildiğini ve işten çıkarılacağını açıkça ifade etmek zorundadır. Taraflardan biri davranışıyla fesih iradesini dolaylı bir biçimde ortaya koyması, feshi geçerli hale getirmeyecektir (fiili fesih).<sup>156</sup> Zira İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin birinci fıkralarında süreli fesih bildiriminde “*fesih nedeninin gösterilmemesi veya feshi nedeninin geçerli olmaması*” ile aynı görülmüştür ve salt bu nedenden dolayı feshi geçersiz sayılmıştır. Buradan anlaşılan, iş güvencesi kapsamında fesih nedeninin açık ve kesin bir biçimde ifade edilmesi fesih için geçerlilik şartıdır; fiili feshi ise İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinden yola çıkarak mümkün olmadığı kanaatini oluşturmaktadır.

Fesih bildiriminin açıkça yapılmış olduğu durumlarda, bildirim muhataba tebliğ edilmesi ve imzasının alınması suretiyle, “*Muhatabın tebellüğe yanaşmaması halinde durumu*”<sup>157</sup> tespit eden bir tutanakla sağlanabilir. Fesih bildirimini muhataba mutlaka yöneltilmesi gerekir. İş sözleşmesini ortadan kaldırmak isteyen taraf bu yoldaki iradesini karşı tarafa mutlaka yöneltmesi gerekir ve yeterlidir; diğer tarafın kabul edip etmemesi önemli değildir.

İşveren, bildirmiş olduğu fesih nedeniyle de ayrıca bağlıdır ve daha sonra da değiştiremeyeceği gibi birden fazla nedenin bulunduğu halde sadece birini ifade etmiş ise, onunla bağlıdır.<sup>158</sup> Bu sebepten dolayı nedenin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerektiği hükmü getirilmiştir.

<sup>156</sup> Süzek, 609 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1207; Narmanlıoğlu, 355; Keser, 20-21.

<sup>157</sup> Süzek, 610-611; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1028; Narmanlıoğlu, 357.

<sup>158</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1028.

### 3. İşçinin Savunmasının Alınması

158 sayılı ILO sözleşmesindeki düzenlemeye bakıldığında, işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerden dolayı yapılması istenilen fesihlerden önce, işçinin savunmasının alınması şarttır; ki bu düzenlemeye göre, “İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller dışında, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez. Buna istinaden İş Kanunu’nun 19. maddesinin 2 fıkrasında “Hakkında iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez”. Burada “işçinin verimi” olarak İş Kanunu’nun 18. maddesiyle aynı yorumlanmamalıdır; çünkü 18. maddenin 1. fıkrasında “işçinin yeterliliğinden” bahsedilmektedir. Nitekim “*İşçinin verimliliği geniş yorumlanmalıdır ve işçinin çalışmasını etkileyen objektif ve sübjektif nedenler olarak anlaşılmalıdır*“. Bu bağlamda işçiye savunma hakkı verilerek kendisine somut olaya ilişkin ifade hakkı tanınmış olacaktır. Ayrıca işin, işyerinin ya da işletmenin gereklerine dayalı yapılan fesihlerde işçinin savunması alınması zorunluluğu yoktur. Bu konuya ilişkin haklı nedenle fesihlerde işverenin İş Kanunu’nun 25/II’de düzenlenen sebeplerle yapacağı fesihlerde, işçinin savunması alınması zorunluluğu getirilmemiştir. Aslında haklı sebebe dayalı işverence yapılan fesihlerde işçiye atfedilen davranışa karşı savunma hakkı bulunmaması “hakkaniyete aykırı ve mevzuatımızda büyük bir eksiklik” oluşturmaktadır.<sup>159</sup>

İşçinin savunmasının geçerli kabul edilebilmesi için, söz konusu savunması fesih bildiriminden önce yapılmış olmasına bağlıdır. İşçinin savunması alınmasıyla feshin geçerli sayılabilmesi için ayrıca, yapılan savunma işçiye atfedilen fesih nedenine cevaben olmuş olmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, işçinin davranışından kaynaklanan sebep varsa buna cevaben; işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebep varsa buna cevaben savunması alınmış olması şarttır.

Savunmanın şekli ve usulüne bakıldığında ise, kanunda açıkça bir hüküm bulunmamakla beraber, savunmanın alınması fesih için geçerlilik şartıdır. Burada savunmanın yazılı veya sözlü yapılmış olması, feshin geçersizliğine yol açmamaktadır. Daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere İş Kanunu’nun 109. maddesi uyarınca söz konusu kanunda öngörülen

---

<sup>159</sup>Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1028; Süzek, 610-611; Manav, 151; Ayrıca iş güvencesi kapsamında geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları için bkz. Çelik, Çağrı, 87 vd.

bildirimlerin yazılı ve imza karşılığı ile yapılması şarttır. Bu bağlamda işçinin savunması alınırken, yazılılık şartına uyulması doğru olacaktır. İşveren işçiye davranışı veya yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedenini yazılı olarak bildirmeli ve işçiye buna cevaben savunma yapması için uygun bir süre vermelidir. Şayet işçi yazılı veya tutanağa geçirmek şartıyla sözlü savunmasını uygun sürede vermezse, bu hakkından vazgeçmiş anlamına geleceği açıkça belirtilmelidir. Uygun sürenin belirlenmesi ise Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde işçiden beklenebilecek hangi makul süre içinde savunma yapacağına göre değerlendirilecektir.

Alman İş Hukukunda işçinin savunmasının alınmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Alman İşletme Anayasasının (BetrVG) 82. maddesinden de böyle bir zorunluluk çıkarılamaz.<sup>160</sup>

İşçinin savunmasının alınması Türk İş Hukukunda İş Kanunu'nun 19. maddesinde *“Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin ( II ) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”* denilmektedir. Bu hükümlerle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin fesih için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

İşveren işçiyi, işten çıkartmadan önce, *daha önce verilmiş ihtarlar nedeniyle savunması alınmış olsa bile yazılı olarak savunmasını vermek üzere davet etmelidir.* Davet yazısında *“davranışı veya yetersizliği nedeniyle”* işten çıkarma sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtmesi, *“makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunmasının; bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunmadan vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır”*.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> Manav, 150; Par. 82 BetrVG: **Anhörungs- und Erörterungsrecht des Arbeitnehmers:** Der Arbeitnehmer hat das Recht, in betrieblichen Angelegenheiten, die seine Person betreffen, von den nach Maßgabe des organisatorischen Aufbaus des Betriebs hierfür zuständigen Personen gehört zu werden. Er ist berechtigt, zu Maßnahmen des Arbeitgebers, die ihn betreffen, Stellung zu nehmen sowie Vorschläge für die Gestaltung des Arbeitsplatzes und des Arbeitsablaufs zu machen(...)

<sup>161</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, 417.

Yargıtay'a göre:<sup>162</sup>“Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin ( II ) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır. Buna göre salt işçinin savunmasının alınmaması tek başına süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur, işçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağıın kendisine hatırlatılması şarttır.”.

#### 4. Fesih Hakkının Makul Bir Süre İçinde Kullanılması

İşverenin fesih hakkını ne zaman kullanması gerektiği Kanunda açıkça ifade edilmemiştir. Konuya ilişkin ILO 166 sayılı Tavsiyesinin 10. maddesinde „İşveren işçinin sözleşmeye aykırı kusurlu davranışını öğrendikten sonra **makul bir süre** içinde sözleşmeyi fesih hakkını kullanmamış ise fesih hakkından feragat etmiş addolunmalıdır“ denilmektedir. İş Kanunu'nun 26. maddesinde derhal fesihte olduğu gibi kesin – hak düşürücü - bir süre belirlenmemiş olması, geçerli fesih sebeplerinin özünde farklı olmasından ve her olaya göre farklı değerlendirilmesinden kaynaklanıyor olsa gerek. Geçerli bir nedenin varlığına rağmen işverenin fesih hakkını uzun bir süre geçtikten sonra veya geçerli nedeninin varlığı uzun bir zaman sonra öğrenildikten sonra kullanılması halinde, fesih geçerli kabul etmek, hukukun istikrarı ve güveni bakımından isabetli olamayacak ve ayrıca işçi üzerinde sürekli bir tehdide dayalı baskı unsuru oluşturacaktır.<sup>163</sup>

Daha sonra göreceğimiz üzere Alman İş Hukukunda burada *Birben*'in makalesinde ifade etmiş olduğu üzere “*etkisizleşmeden (Verwirkung)*” bahsetmek, daha doğru olacaktır. “*Etkisizleşme, bir hak veya yetki sahibinin, hukuk düzeninin kendisini sahibi yahut yetkilisi kıldığı bu hakkı veya yetkisini uzun bir süre kullanmamış olması nedeniyle hakkını veya*

<sup>162</sup> Kazancı: Yargıtay 9. HD 2.3.2015, 2015/3531 E., 2015/8561 K.; Yargıtay 22. HD. 11.5.2015, 2015/12446 E., 2015/16971 K.; 24.3.2015, 2013/37229 E., 2015/11280 K.; Yargıtay 7. HD. 10.2.2015, 2014/21413 E., 2015/1147 K.; 3.2.2015, 2014/21860 E., 2015/891 K.

<sup>163</sup> Birben, Erhan, İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi bkz.: <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/18-erhanbirben.pdf>, s.469 vd.

*yetkisini muhatabına (yükümlüsüne) karşı artık ileri sürememesi*”<sup>164</sup> durumunu ifade etmektedir.

Makul sürenin belirlenmesi objektif açıdan bir işverenin yaklaşımı esas alınarak değerlendirilmesi gerekir. Yani soyut olarak bir işveren feshi için geçerli nedenden haberdar olduğu andan itibaren hangi süre zarfında iş sözleşmesinin feshine ilişkin son kararını verebilme imkanına sahip ise, o süre makul süre olarak kabul edilecektir. Burada İş Kanunu’nun 17. maddesinin en uzun ihbar öneli olan sekiz haftalık süreyi bir ölçüt olarak almak isabetli olacaktır. Zira işveren bu zaman zarfında geçerli fesih sebebini oluşturan durumu gözden geçirebilir ve doğru bir karara ulaşabilir. Bu sekiz haftalık süreden sonra “Artık fesih hakkının tükenmiş sayılması” menfaatler dengesine uygun düşecektir ve işçi açısından iş durumunun belirsizliği ortadan kalkmış olacaktır.<sup>165</sup>

Yukarıda bahsi geçen feshi hakkını makul bir süre içerisinde kullanılmamasının belirli bir süre sonra “*etkisizleşeceği*” düşüncesi aslında Alman Hukukunda yerleşik bir içtihat haline gelmiştir (Verwirkung des Kündigungsrechts).<sup>166</sup> Bir işveren geçerli bir nedene dayalı fesih hakkının - fesih objektif ve sosyal açıdan geçerli kılan bir fesih nedeninin varlığı halinde - bulunmasına rağmen, bu hakkını belli bir süre zarfında kullanmazsa, Alman Medeni Kanunu’nun 242. maddesindeki dürüstlük ve güven ilkesine (Treu und Glauben) dayalı olarak daha sonra bu hakkını ileri süremeyecektir. “Etkisizleşme” ilkesi aslında bir hakkın haksız kullanılması (unzulässige Rechtsausübung) ve çelişkili davranma (Verbot des widersprüchlichen Verhaltens) yasağı ilkesinin özel bir yansımasıdır. Burada dürüst olmayarak belli bir hakkın varlığından (illoyal) haberdar olunduğu halde, bu hakkı bilinçli bir şekilde geç kullanılması, hakkı etkisizleştirecektir. Böyle bir müessesenin bulunması, hukuki belirsizliği önlemeyi amaçlanmaktadır. İş Hukuku açısından etkisizleşmeden bahsedebilmek için fesih hakkına sahip olan – sadece işveren açısından geçerlidir - işveren uzun bir süre boyunca bu hakkını kullanmayarak işçi nezdinde ileride de bu hakkını kullanmayacağı düşüncesini çağrıştırmış olmasıdır.<sup>167</sup> Alman İş Hukukunda etkisizleşmenin kabul edilebilmesi için zaman unsurunun yanında (Zeitmoment) birde durum unsuru (Umstandsmoment) aranmaktadır. Burada etkisizleşmeden bahsedilmesi için, fesih hakkına sahip olan işverenin bir ihmali sebebiyle işçi nezdinde artık fesih hakkını kullanmayacağı

---

<sup>164</sup> Birben, 453 vd.

<sup>165</sup> Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, 1032; Birben, 471 vd.

<sup>166</sup> Beck-Online: LAG Hessen, Urteil vom 30.12.2010 - 3 Sa 894/10

<sup>167</sup> Beck-Online: BAG 1.12.2004, AP TzBfG § 14 Nr. 15

düşüncesi oluşmuş olması ve işçiye işine devam edebileceği güvencesini vermiş olması gerekir.

Türk Hukukunda da görüldüğü üzere Alman hukukunda da esas tartışılan konu, makul sürenin hangi kıstasa göre belirleneceğidir. Burada Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesinin 2. fıkrasında olağanüstü fesihlerde tanınan iki haftalık düşünme süresinin olağan fesihler için çok kısa bir süre olacağı düşünülmektedir. Zira olağanüstü fesihlerde iki hafta tanınması olağan fesihlerde ölçü olarak alınması isabetli olmayacaktır. İşverene burada daha uzun bir düşünme süresi tanınması gerekmektedir. Bundan dolayı Alman İşletme Anayasasındaki İşletme kurulunun dinlenmesine ilişkin hükümdeki (Betriebsratsanhörung; § 102 Abs. 2 S. 1 bzw. S. 3 BetrVG)<sup>168</sup> 6 aylık sürede işveren açısından da makul olacaktır. İşveren söz konusu işçi ile devam çalışmayı isteyip istemediğine ilişkin 6 ay içerisinde isabetli bir karar verebileceği düşünülmektedir. Bu sürenin olağan fesihlerde de uygun olacağı ayrıca düşünülmektedir. Bunun yanı sıra işçiye karşı tutum veya davranışı ile iş ilişkisini devam ettirmek istediği hissini veren işveren, daha sonra geçerli bir sebebe dayalı olarak (işçinin yetersizliğinden, davranışından ve hatta işletme gereklerinden kaynaklı olarak ) geçerli fesihte bulunamaz.<sup>169</sup>

## İKİNCİ BÖLÜM

### İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI

#### I. GENEL OLARAK

Daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerini feshetmek isteyen işveren bu bildirimini “*geçerli bir sebebe*” dayandırmak ve fesih bildirimini gerekçelendirmek zorundadır. Bu bağlamda, iş güvencesi kapsamındaki

---

<sup>168</sup> Beck-Online: Par. 102 BetrVG1) <sup>1</sup>Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. <sup>2</sup>Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. <sup>3</sup>Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. (2) <sup>1</sup>Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. <sup>2</sup>Außert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. <sup>3</sup>Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. <sup>4</sup>Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören.(...)

<sup>169</sup> BeckRS 1995; LAG Berlin: Urteil vom 11.05.1995 - 7 Sa 146/94.-(Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 7. Aufl. 1992 § 73 III 2, S. 470; M. Wolf in KR - Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften -, 3. Aufl. 1989, Grunds. Rz. 342)



işçinin “belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işverenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırmak zorundadır” (İK m. 18).<sup>170</sup>

Geçerli nedeni oluşturan haller İş Kanunu’nun gerekçesinde, “Geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller” olarak açıklanmıştır. Sonuç itibarıyla, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, fesih sebebi olarak ileri sürülen geçerli neden dolayısıyla işverenden iş ilişkisine daha fazla bağlı kalması kabul edilmez bir durum teşkil etmesine bağlanmıştır.<sup>171</sup>

İş Kanunu’nun 18. maddesinin, 1. fıkrasında geçerli nedenler, “işçiden kaynaklanan geçerli nedenler” ve “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler” olarak ikiye ayrılmaktadır.

## II. İŞÇİDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

### A. Türk İş Hukukunda İşçiden Kaynaklanan Geçerli Nedenler

İşçinin kişiliğine ilişkin nedenler, “işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler” olarak sayılmıştır.

#### 1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler

Bir işçinin yetersiz olup olmadığı iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kalıp kalmadığına göre belirlenir. İş Kanunu’nun 18. maddesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin hangileri olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Bu sebeple, isabetli bir yetersizlik değerlendirmesi yapılabilmesi kanaatimizce oldukça zordur. Zira Kanunda hiçbir metot veya ölçüt öngörülmezsizin, bir işçinin yetersiz olup olmadığının değerlendirilmesi tamamen işverenin takdirine bırakılmış görünmektedir.

---

<sup>170</sup> Süzek, 568-569; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 983; Narmanlıoğlu, 509-510; Centel, 58; Kara, 27; Keser, 37; Manav, 69.

<sup>171</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 985; Narmanlıoğlu, 509-510; Süzek, 569; Çomoğlu, 18; Demir, Deniz, Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımı, 2007/3 (14), 16.

Burada İş Kanunu'nun genel gerekçesi konuya açıklık getirmektedir. Şöyle ki “*işçinin yeterliliğinden (...) kaynaklanan geçerli sebepler 25. maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebepler*” olarak tanımlanabilir. Kanun'un genel gerekçesinde, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek olarak “*Niteliklerden beklenen daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma*” olarak sayılmaktadır.<sup>172</sup>

Kanunda yer alan “*işçinin yetersizliği*” kavramı dar anlama sahip olmakla beraber, bu açıdan kural olarak işçinin kusurlu olup olmadığı da aranmamaktadır. Yetersizlik kavramıyla anlatılmak istenen, işçinin kişisel yetenek ve niteliklerine göre iş görme edimini yeterli bir biçimde yerine getirememesi veya bu iş için gerekli yeteneğe sahip olmamasıdır. Şayet bir ölçü belirlenmesi gerekiyorsa, burada bir işçinin yetenekleri ve vasıflarının iş sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu iş görme edimini ifa etmenin çok gerisinde kalmasıdır.<sup>173</sup>

Yetersizlik genel olarak belli bir fonksiyonun yeterli olmaması durumunu ifade eden bir kavram olup, tam tersi yeterlilik ise, bir olgunun gerçekleşmesi için gereken şartların sağlanmış olması” durumu olarak tanımlanabilir.<sup>174</sup> Bir diğer deyişle yetersizlik, işçinin iş sözleşmesi yapıldığı esnada işverence kendisinden beklenen beceriyi, performansı işin yapılması esnasında gösterememesi durumunu, yeterlilik ise, işçinin ilgili işyerinde kendisine verilen iş görme borcunu ifa edebilmesi için aranan özelliklere sahip olmasını ifade etmektedir.<sup>175</sup> Bu açıdan işçinin yeterliliğinden anlaşılması gereken, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için beklenen yetenek, bilgi ve becerilere sahip olma durumudur.

Uygulamada genel olarak işçinin yetersizliğinin iki şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Bunlardan ilki işçinin “*Fiziki yetersizliği*” diğer ise, “*İşçinin mesleki yetersizliği*”dir.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 986; Kara, 29-30; Kılıçoğlu/Şenocak, 360.

<sup>173</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 986-987; Süzek, 569; Kara, 27-28.

<sup>174</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, 363; Çelik, Çağrı, 37 vd.

<sup>175</sup> Centel, 67; Kara, 29; Keser, 81; Manav, 74.

<sup>176</sup> Keser, 81 ; Kara, 29; Keser, 81; Manav, 74.

#### a) Fiziki Yetersizlik

Şayet işçinin fiziki yetersizliği iş sözleşmesinin feshini yapılacak makul bir değerlendirme sonunda gerçekten gerekli kılıyorsa, geçerli bir fesih nedeninin varlığı kabul edilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin fiziki yetersizliği tek başına geçerli bir neden olmayıp, geçerli neden teşkil edebilmesi için yetersizliğin işyerinin normal işleyişini bozması ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engellemesi aranacaktır.<sup>177</sup> Başka bir ifadeyle, yetersizlik hali ile işçinin yapmakta olduğu iş arasında illiyet bağının varlığı aranır.

Bu konudaki yetersizlik “*işçinin hastalığı veya kazaya uğraması*” nedeniyle ortaya çıkabilecektir.<sup>178</sup> Hastalık her ne kadar işverene fesih hakkı veren bir durum olsa da, işçinin kısa süreli bir hastalığından dolayı, işverence derhal sözleşmeyi feshetmesi durumu “*İşverenin gözetim borcuna aykırı olduğundan iş hukukunun gereklerine de uygun düşmeyecektir*”.<sup>179</sup>

İşçinin hastalık veya kaza nedeniyle uzun süre işe gelememesi durumu esasen bir geçerli fesih nedenidir. Bu konuda İş Kanunu’nun 18. maddesinin f. fıkrasında “*Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık hali, fesih için geçerli sebep oluşturmaktadır*” hükmüne yer verilmiştir.<sup>180</sup>

Hastalık nedeniyle İş Kanunu’nun 25. maddesinin 1. fıkrasının f. bendinde gösterilmiş süreyle işine devam edemeyen işçi, işine gidemediği süre için ücret isteyemez. Buna karşılık işçinin (sigortalının) Sosyal Sigortalar Kurumundan “*geçici iş göremezlik ödeneği*” adı altında ücretinin bir bölümünü alma hakkı bulunmaktadır.

#### aa) Sık Sık Hastalanma

Fiziki yetersizlik kapsamındaki fesih nedenleri arasında sık sık hastalanma hali de sayılabilir. Sık sık hastalanma durumunun tespiti çalışma hayatında zaman zaman zorluk

---

<sup>177</sup> Çelik, Çağrı, 45.

<sup>178</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 988 vd.; Süzek, 570 vd.; Kazancı: Yargıtay 7. HD. 6.5.2014, 2014/6016 E., 2014/9858 K.

<sup>179</sup> Kara, 29.

<sup>180</sup> Keser, 81.

yaratabilmektedir. Bunun için kesin bir ölçüt belirlemek oldukça güçtür. Bu sebeple, her somut olayın özelliğine göre, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Uzun bir süre boyunca devam eden hastalıkta olduğu gibi, sık sık hastalanma durumu da, hastalığın sadece geçmişte değil, ileride de “sık sık yinelenmesi ihtimalinin” bulunabileceği öngörüsüne dayandırılabilir.<sup>181</sup> İşçinin sık sık hastalanması, işin aksamasına, işçinin yerine ikame edilecek işçiye ihtiyaç duyulmasına, diğer işçilerin fazladan çalıştırılmalarına yahut kendi işleri dışındaki işleri yapmaya zorlanmalarına yol açabilecektir. Bu gibi hallerin de, işyeri düzenini bozabileceği, işveren yahut işveren vekilini planlama yaparken zor durumda bırakabileceği açıktır.

Öğretideki yaygın görüşe göre, hastalık nedeniyle uzun süreli devamsızlık yapmamakla veya sık sık hastalanmamakla beraber, “İşçinin sağlık durumu belirli bir (ağır) işte çalışmasına olanak sağlamıyorsa, işveren gözetim borcu gereğince işyerinde işçinin sağlık durumuna uygun başka bir işe” yerleştirmek zorundadır. Ancak, işyerinde, işçinin sağlık durumuna uygun nitelikte bir iş sağlanamıyorsa veya kendisine sunulan işi işçi kabul etmiyorsa, işveren geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.<sup>182</sup>

Bunun yanı sıra, işçinin hastalığı nedeniyle işyerindeki iş ilişkisine zarar verme durumu söz konusu olduğundan, bunun bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi, işçinin o anda mevcut bir hastalığından değil hastalığı sonucu gelecekte işyerinde bulunmayışının, işyerine verebileceği zararlardan kaynaklanıyor olmasına dayanmaktadır. Böyle bir nedene bağlanan fesihlerde, olası bir uyuşmazlıkta işverenin, “İşçinin ileride iş sözleşmesinin gereklerini tam veya kısmen ifa edemeyeceğini ve bu durumunda işyerinin normal işleyişini olumsuz yönde etkileyeceğini ve de kendisi açısından da zarara sebebiyet vereceğini ispatlaması”<sup>183</sup> gerekmektedir.

#### ab) İşçinin Yaşlılığı ve Emekliliği

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebepleri arasında tartışılan diğer bir konu ise, emekliliğe hak kazanan işçinin iş sözleşmesinin bu sebepten dolayı feshedilip feshedilemeyeceğidir.

---

<sup>181</sup> Çelik, Çağrı, 45 vd.Güler, 51; Kılıçoğlu/Şenocak, 378; Kunt, 38; Kazancı: Yargıtay 9. HD 2.10.2014, 2014/11928 E., 2014/29096 K.; 2.3.2015, 2015/3531 E., 2015/8561 K.

<sup>182</sup>Çomoğlu, 24-25; Kara, 31-32; Kunt, 32; Kılıçoğlu/Şenocak, 379; Süzek, 570-571.

<sup>183</sup> Kara, 30.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ILO'nun 166 sayılı Tavsiye Kararında, emekliliğe hak kazanmanın fesih için bir geçerli sebep sayılamayacağı kabul edilmiştir. Söz konusu Tavsiye Kararına göre, buna istisna tanınması “*Üye ülkenin iç mevzuatının veya ülke uygulamasının emekliliğe hak kazanmayı fesih nedeni*” olarak kabul etmiş olmasına bağlanmıştır. Diğer taraftan, “*İş ve meslek ilişkilerinde eşit davranılmasına ilişkin 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi*” de kural olarak, yaş nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Yönerge, yaş ilerlemiş işçilerin mesleki hayat dışında bırakılmasının önüne geçilmesi gerektiğini ve hatta ülkelerin de bu konuya ilişkin değişik düzenlemelerde bulunarak, yaşlı işçilere istihdam sağlayıp, bu kimselerin çalışma hayatına kazandırılmasını teşvik etmeleri gerektiğini kabul etmektedir. Bu itibarla, yaş sınırı kayıtları yaşlılara karşı ayrımcılık olarak kabul edilir ve eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bu kayıtlara dayanılarak yapılan fesihler de geçersiz sayılır.<sup>184</sup> Zira yaşlılığın etkisi kişiden kişiye değişebilir. Yaşlılık ancak işçinin verimini ciddi bir biçimde olumsuz bir biçimde etkiliyorsa ve bundan dolayı, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesine engelliyorsa, geçerli bir fesih nedeni olabilir. Bu halde de işveren fesih hakkı doğmuş olsa dahi bu hakkını “*gözetme borcuna ve dürüstlük kurallarına uygun*” bir biçimde kullanmalıdır. Kanaatimizce yaşlılık nedeniyle “*iş veriminde belirli bir azalma olan işyerine yıllarını vermiş kıdemli bir işçinin iş akdine son verilmesi*” istisnai bazı durumlar dışında tek başına geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir ve “*en azından bu işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması beklenilmelidir*”.<sup>185</sup> Yaşlılığın veya yaşlılık aylığına hak kazanılması durumunun geçerli bir fesih sebep olarak kabul edilebilmesi için, işçinin fiziki veya mesleki yetersizliği veya işletme gereklerine dayandırılması gerekmektedir.

*Yargıtay, “Belli bir yaş sınırına gelmiş ve emekliliği hak etmiş olma halinde iş akdinin geçerli olarak feshedebileceğini öngören personel (iç) yönetmelikleri ile toplu iş sözleşmeleri hükümlerini objektif ve genel olması halinde”* geçerli saymaktadır.<sup>186</sup> Mevzuatımızda sözleşme yoluyla bir yaş sınırı belirleme imkanı veren bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, salt yaş sınırı tespit edip buna dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmek tek başına yeterli sayılamaz. Zira Kanun Koyucunun İş Kanunu'nun 18. maddesinin, 1. fıkrasında belirlediği geçerli fesih sebepleri emredici niteliktedir ve işçi aleyhine değiştirilemezler. İşçinin emeklilik aylığına hak kazanması veya belli bir yaşa gelmesi yukarıda belirtildiği gibi onun yetersiz olduğu anlamına gelmez. Personel yönetmeliğinde bu tür yaş sınırlarının

<sup>184</sup> AB Yönergesi 2000/78/EG

<sup>185</sup> Kara, 33; Süzek, 571-572.

<sup>186</sup> Yargıtay 9. HD. 02.11.2009, 2009/1917 E., 2009/29704 K.

belirlenmesi İş Kanunu'nun 18. maddesinin belirlemiş olduğu işçiden kaynaklanan sebeplerin dışında yer almaktadır ve salt yaş sebebiyle – ki bu durum işçiden kaynaklanmamaktadır, insan tabiatından doğan bir durumdur- işine son verilmesi hakkaniyete aykırıdır. Demografik gelişim açıdan da bakıldığında, artık insanlar daha uzun ve bilinçli yaşamaktadır ve Avrupa'daki yaşlılar nüfusunun sayısı gençler oranında git gide arttığından, emeklilik yaşını yüksek tutarak istihdamı sağlama çabasındadırlar.

#### b) İşçinin Mesleki Yetersizliği

Mesleki yetersizlik, işçinin mesleki açıdan verim düşüklüğü göstermesinden, işin gereklerine uygun tatmin edici iş sergileyememesinden veya yeteneksiz olduğundan ortaya çıkan geçerli bir fesih nedenidir. Mesleki yetersizliğin, genellikle eğitim ve motivasyon veya beceri eksikliklerinden ya da tecrübesizlikten kaynaklandığı kabul edilir. Burada işçinin, kendisine yüklenen işin ifasında beklenen mesleki kabiliyeti ve özellikleri tam olarak veya kısmen gösteremediğine dayalı olarak, geçerli fesih nedenine dayanarak iş sözleşmesi feshedilebilir.<sup>187</sup>

#### ba) Performans Düşüklüğü

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde “*İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama daha az verimli*” olarak çalışması durumu, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden sayılır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin yapacağı işin gerektirdiği niteliklere veya eğitime ya da diplomaya sahip olmamasının ileri sürülmesi başlı başına yeterli değildir; burada işçinin edimini ifa ederken beklenen “*niteliklere uygun verimi ve performansı göstermemesi*”<sup>188</sup> aranmaktadır.

*“İşçinin gerektiği kadar çalışmaması, dinamizm, inisiyatif kullanma, çabuk karar alma vb. konularda eksiklikler göstermesi, yaptığı işe yatkın olmaması, mesleğe uyum yetersizliği, işe yoğunlaşmasının ve dikkatinin azalması, aynı çalışma temposunu sürdürememesi, öğrenme ve*

<sup>187</sup> Süzek, 574; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 989; Kara, 34-35; Keser, 87; Çelik, Çağrı, 39 vd.; Kazancı: Yargıtay 9. HD. 2.10.2014, 2014/11928 E., 2014/29096 K.; Yargıtay 7. HD.14.5.2014, 2014/5708 E., 2014/10806 K.; Kunt, Püren; İşçinin Performansı Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007, 38.

<sup>188</sup> Centel, 73; Keser, 93; Kara, 31; Süzek, 574; İşçinin performansına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Kunt, Püren.

*kendini yetiştirme yetersizliği gibi haller” performansın eksik olduğuna gerekçe gösterilebilen durumlardır ve geçerli fesih nedenleri olarak kabul edilir.*<sup>189</sup>

Mesleki yetersizlik açısından işçinin mesleğe yatkın olup olmamasının *“Statik bir biçimde değerlendirilmesi”* yanlış olur. Bu durumun tespiti için, işyerinde *“bilimsel ve teknolojik”* açıdan yapılan değişikliklere veya yeniliklere ayak uyduramaması; *“Yeni yöntemlere uyarlama yeteneğine”* sahip olmaması gibi değişen durumlarında dikkate alınması gerekir. Bu gibi sebeplere dayalı olarak yapılan fesihler de geçerli sayılmaktadır.<sup>190</sup>

Burada geçerli fesih sebepleri arasında, işçinin mesleğini yürütebilmesi için gerekli resmi izni kaybetmesi durumunda da mesleki yetersizliğin söz konusu olduğu kabul edilir. Örneğin, *“şoförün ehliyetinin alınması ya da pilotun uçuş lisansının uzatılmaması”* iş sözleşmesinin süreli feshinde mesleki yetersizlik teşkil eden geçerli bir neden sayılır. Bu hallerde işçinin iş sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu asli edim borcu olan iş görme borcunu yerine getirmesi imkansız olmuştur. Böyle bir durumda, işverenden - menfaatleri göz önünde bulundurarak - hala iş sözleşmesine bağlı kalması beklenemez. İş sözleşmesi kurulduğunda mevcut olan yeterliliğin sonradan kaybedilmesi durumunda, otobüs şoförünün ehliyetin iptal edilmesi vb., bu durumun, İş Kanunu'nun 25. maddedeki *“haklı sebeplerden birini oluşturup oluşturmadığı”* da ayrıca incelenmelidir. Aynı örnekte otobüs sürücüsünün, yolcu taşıdığı esnada yüksek oranda alkollü olması nedeniyle ehliyetini kaybetmiş olması durumunda, böyle bir davranışın İş Kanunu'nun 25/II. maddesi çerçevesinde *“haklı sebep”* oluşturması söz konusu olabilir. Bu halde sözleşme haklı sebebe dayalı olarak feshedilir.<sup>191</sup>

#### bb) Yetersizliğin Değerlendirilmesi

Daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere, işçinin yetersizliğinden bahis, işçinin aynı veya benzer işi gören diğer işçilerle karşılaştırıldığında bu işçilere nazaran daha az verimli olması durumudur. Ancak işçinin verimsizliğinin bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi, *“Verimlilik analizlerinin inandırıcı bir şekilde yapılması”*na bağlıdır. Ayrıca işverende burada eğitim programlarıyla işçilerinin daha verimli olmalarını teşvik edecek

---

<sup>189</sup> Süzek, 574; Kara, 43; Kazancı: Yargıtay 22. HD. 2.2.2015, 2014/36277 E., 2015/2019 K.; Yargıtay 9. HD 2.10.2014, 2014/11928 E. 2014/29096 K.; 25.3.2014, 2013/15133 E., 2014/10156 K.; Yargıtay 7. HD. 14.5.2014, 2014/6228 E., 2014/10784 K.

<sup>190</sup> Süzek, 575.

<sup>191</sup> Süzek, 576; İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için ayrıca 1. bölümün 1. kısmına bkz.

yöntemler uygulamış olup olmadığı da dikkate alınarak, uygulamış olduğu halde beklenen sonuca ulaşamadığı hallerde geçerli sebebin varlığı kabul edilecektir.<sup>192</sup>

İşçinin yetersizliğinin geçerli bir fesih nedeni olarak ileri sürülebilmesi için, “*yetersizliğin objektif bir nitelik*” taşıması gerekir; yani “*işverenin önyargularını ve kişisel tercihlerini*” bertaraf etmesi gerekir. Yetersizliğin objektif bir değerlendirme ile tespit edilerek sonucuna varılması yetersizliğin dışı yansımalarına ve denetlenebilir olmasına bağlıdır. Aksi takdirde, sadece işverenin beyninde kurguladığı bir sübjektif kanaate dayalı - belirli bir olaya dayanmayan - bir değerlendirme söz konusu olacaktır.

“*Performans izleme ve verimlilik ölçümü*”nın ne şekilde yapılması gerektiği ve hangi kriterlere dayalı değerlendirileceği iş hukuku açısından büyük önem taşımaktadır. Bu değerlendirmenin işyerlerindeki insan kaynakları ve personel yöneticileri tarafından yapılması gereklidir. *Performans ve verimlilik kavramları artık işletme dışında da kullanılması gereken, yargılama sürecine etkisi ve katkısı olacak kavramlar haline gelmiştir.* Hakim tarafından değerlendirilen performans yetersizliği, işverenin koymuş olduğu ölçülere göre yapılmamaktadır; hakim burada ileri sürülen performans yetersizliğin gerçekten mevcut olup olmadığını değerlendirmelidir. Yani yukarıda belirtmiş olduğumuz objektif bir yaklaşımla işçinin “*kendisinden beklenen ve aynı işi gören diğer işçilere nazaran daha az verimli olup olmadığı*” değerlendirmeye alınmalıdır.<sup>193</sup>

İşçinin yetersizliği sebebiyle iş sözleşmesini fesheden işveren, bu durumu ispat etmekle yükümlüdür. Burada yetersizliğe ilişkin fesih sebeplerini tespit ederken, işçinin ne derecede yeterli ne derecede yetersiz olduğu somut olgulara dayandırılması zorunludur. Buna dayalı olarak işverenin kullandığı ölçüleme sisteminin yeterli açıklılık taşıması ve bunun belgelenmesi gerekir. Kanaatimizce, işveren performans değerlendirme yöntemini öncelikle açıklamalı, belirli zaman aralıkları ile yapmalı ve işçinin yeterliliğine ilişkin gözlemlerini tutanağa geçirmelidir. Ancak bu yöntemle şeffaflık sağlanabilecektir. Böylece de iş hukuku açısından “yetersizlik” bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilecektir. Aksi halde işveren, bir işçisini gözden çıkarılmış ise, onun performansının düşük olduğunu kolayca bazı soyut gerekçelere dayandırılabilir. Böyle bir yaklaşım, iş hukuku açısından büyük sorunlar yaratır

---

<sup>192</sup> Kara, 35-36; Keser, 103.

<sup>193</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 990-991; Keser, 93-94.



ve işçinin verimli olup olmayışı işverenin sübjektif değerlendirmesine bırakılmış olur ve keyfi bir yaklaşıma fırsat verir.<sup>194</sup>

*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında performansın tanımını ve değerlendirmesini şöyle yapmaktadır<sup>195</sup>: “İşçinin performans düşüklüğünün fesih için geçerli bir sebep olması için performans değerlendirmesinin objektif ölçütlere dayanması gerekir. Bu sebeple öncelikle işyerine özgü performans ve verimlilik standartları bulunmalı, bu standartlar gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarındaki düşüşün süreklilik veya düşme eğilimi göstermesi gerekir. (...) işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır.”*

Kararda vurgulanmış olduğu üzere, yetersizlik nedenine dayalı fesihlerde, yetersizliğin tespitinde objektif ölçüler esas alınmalı ve değerlendirmenin de şeffaf bir biçimde yapılması gerekir. Ancak böyle bir yaklaşım ile işçinin yetersizliği tespit edilirse, - işçinin de savunması alınarak - daha sonra aşağıda açıklanacağı üzere, feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda işverence yetersizliğin giderilmesine ilişkin bazı uğraşmalar verilmelidir (örn. eğitim programları vs.). Bütün bu çabalara karşın işçinin performansında bir ilerleme görülüyorsa artık işveren, işçinin iş sözleşmesini yetersizlik nedenine dayalı olarak geçerli bir şekilde feshetme hakkına sahip olacaktır. Aksi yönde bir yaklaşımın kabulü ise işverenin ekonomik menfaatlerine aykırılık teşkil etmektedir.

## 2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenler

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında, “İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler” de geçerli feshin nedeni olarak belirtilmiştir. Ancak yetersizliğe ilişkin sebeplerin hangileri olduğu kanunda açıkça tanımlanmadığı gibi, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin de hangileri olduğu söz konusu maddede tanımlanmamıştır.

---

<sup>194</sup> Akıncı, 45; Keser, 103.

<sup>195</sup> Kazancı:Yargıtay 22. HD, 23.09.2013, 2013/24004 E., 2013/19408 K.; 2.2.2015, 2014/36277 E., 2015/2019 K.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin, “sözleşmenin derhal feshine sebep olacak ağırlıkta olmamakla beraber, bir uyarı ile geçiştirilecek hafiflikte” de olmaması gerekir. Bu itibarla davranışa dayalı fesih sebepleri, iş ilişkisini olumsuz derecede etkileyecek ve sözleşmeye kusurlu aykırılık teşkil eden hallerdir. Bu haller iş sözleşmesinin feshini geçerli biçimde olanaklı kılan halleridir. İşçinin yetersizliğinde kusur aranmaz iken, işçinin davranışından kaynaklanan nedenlerde ise işçinin kusuru esasına yer verilmiştir.<sup>196</sup>

Yine, İş Kanunu'nun gerekçesinde geçerli bir feshe neden sayılabilecek işçinin davranışlarına ilişkin örnekler verilmiştir. Kanun'un gerekçesine göre, “*İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamı olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak*” gibi durumlar işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih sebepleridir.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için sözleşmesinin ihlal edilmiş olması aranır. Bir başka ifadeyle, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal edici bir davranışı sergilenmiş olmasına bağlıdır.

Bu bağlamda *Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında vermiş olduğu bir kararına göre*<sup>197</sup>: “*İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğini belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağını belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali sebebiyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.*”.

<sup>196</sup> Kara, 37; Keser, 113; Kılıçoğlu/Şenocak, 388; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 991; Süzek, 577.

<sup>197</sup> Kazancı: Yargıtay 7. HD. 18.3.2015, 2014/21298 E., 2015/4936 K.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin aynı kararda asıl amacın işçinin cezalandırılması olmasını şöyle açıkladığı görülmektedir: “İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı, işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.”. Alman Hukuku’nda da davranışa dayalı fesihlerde feshin amacının işçinin cezalandırılması olmadığı kabul edilmektedir<sup>198</sup>.

Karara göre, işçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, yalnızca asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri de dikkate alınacaktır.

## B. Alman İş Hukukunda İşçiden Kaynaklanan Geçerli Nedenler

### 1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

Alman İş Hukukunda Türk Hukukunda da olduğu gibi, “Akitten doğan borçların karşılıklı bağımlılığı” ilkesi (Synallagma; “do it des” prensibi) gereği, işçinin yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, işverene geçerli sebebe dayalı fesih hakkı vermektedir. Zira karşılıklı olarak yüklenilen edimler söz konusu olduğunda taraflardan birinin ifa borcunu yerine getirememesi halinde, söz konusu iş ilişkisi temelden yoksun kalır ve menfaatler dengesi doğrultusunda anlamsız hale gelmektedir (Unmöglichkeit der Erfüllung). Normatif açıdan bakıldığında Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesiyle kanun koyucu işverenin – olağan fesihlerde - fesih hakkını 1. maddesinin 2. fıkrasında sayılan sebeplerle sınırlandırmaya çalışmaktadır - 9 ve 10. maddeler dışında- (Bestandsschutz).<sup>199</sup> Bu durumda, işverenin iş sözleşmesinden kurtulmayı istemesi gerçeği de göz ardı edilemez olduğundan kanun koyucu Alman Feshe Karşı Koruma

<sup>198</sup> Alman İş Hukukunda işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler için 2. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>199</sup> Ansheid/Preis/Schmidt, § 1 KSchG, Rn. 1

Kanunu'nda (KSchG) işçiden kaynaklanan nedenlere dayalı geçerli fesih hakkını düzenlemiştir ( Par. 1/2 KSchG). Ancak işverenin keyfi sebeplere dayalı fesihlerinin de önüne geçilmesi için, Federal Alman İş Mahkemesi bazı kriterler oluşturmuş ve böylece işçiden kaynaklanan sebeplerin hangileri olabileceği somutlaştırmıştır.<sup>200</sup>

Genel bir ifadeyle, işveren iş sözleşmesinin feshini, işçinin şahsıyla ilgili bazı nedenlere dayandırma hakkına sahiptir; örneğin, işçinin bedensel veya zihinsel elverişsizliği, hastalık nedeniyle işyeri için katlanılamaz derecede işgücü kaybı veya yaşlılıktan doğan işgücü kaybı gibi.<sup>201</sup> Bu gibi sebeplerin fesih nedeni teşkil edebilmesi için, işçinin - şahsi kusurlarından/eksikliklerinden dolayı - işverene karşı yüklenmiş olduğu edim borcunu ifa edemiyor olması – istemiyor olması değil – gerekmektedir.<sup>202</sup> Ayrıca işçinin işi görmedeki eksikliklerinin, işyerindeki iş akışını önemli ölçüde etkiliyor olması gerekir. Bunun yanı sıra “*ultima ratio ilkesine*” dayalı olarak, bir işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebebin var olması, başlı başına iş güvencesi kapsamında fesih için yeterli değildir. Burada - işçinin korunması düşüncesi her daim ön planda olduğundan – işçinin işine son vermeden önce daha hafif alternatifler aranmalıdır; örneğin, işçiye kapasitesine uygun başka bir iş verilmesi gibi. Ancak bundan sonra, menfaatler dengesi uyarınca, işverenin işe son verme menfaatinin, işçinin işine devam etme menfaatinden üstün gelmesinin söz konusu olması halinde, geçerli fesih sebebinden bahsedilebilecektir.<sup>203</sup>

Menfaatler dengesi dâhilinde işçinin lehine dikkate alınması gereken noktalar, özellikle işçinin çalışma süresi, kendisiyle geçmişte sorun yaşanılıp yaşanılmamış olması, işçinin yaşı, sosyal durumu (çocuk sayısı, evli olması, iş piyasası vb.)’dur. İşçinin aleyhine dikkate alınması gereken hususlar ise, işten çıkarılma sebebinin meydana gelmesinden, işçinin sorumlu tutulabilir olması veya işgücünü devamlı olarak kayba uğrattırıyor olmasıdır. Ölçülülük değerlendirmesi dahilinde, hangi tarafın menfaatleri daha ağır basarsa, o tarafın hakkı gözetilecektir.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1734-1735; von Hoyningen-Huesslene/Linck; madde 1 KSchG Rn. 176.

<sup>201</sup> BeckOK KSchG § 1, Rn. 104 – 105.

<sup>202</sup> BeckOK KSchG § 1, Rn. 105: Es geht um das Nicht-Können der Leistungserbringung und nicht um das nicht vorwerfbare Nicht-Wollen der Leistungserbringung.

<sup>203</sup> Beck Online: ArbG Hamburg, *Urteil* vom 04.11.2009 - 3 Ca 318/09; Stückmann, Kohlepp: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und „ultima-ratio-Prinzip“ im Kündigungsrecht - Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung.

<sup>204</sup> von Hoyningen-Huesslene/Linck; Par. 1 KSchG Rn. 176; NZA-RR 2008, 178, beck-online.

Alman İş Hukukuna göre, iş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebi sayılabilmesi için, işçinin şahsından kaynaklanan hususlar olarak şu örnekler verilebilir<sup>205</sup>; yabancı uyrukluların çalışma izninin bitmiş olması veya iptal edilmesi<sup>206</sup>; meslek veya iş için gerekli lisansın kaybedilmesi (doktor, pilot veya ehliyeti alınan şoför)<sup>207</sup>, uzun süreli veya sürekli iş göremez hale gelinmesi vs. Maluliyet tek başına çıkarılma sebebi olarak kabul edilemez; zira malulen emekli olup da, (Almanya örneğinde 67 yaş ve üstü) halen çalışmayı isteyen işçi sayısı çok azdır ve bu durum genel olarak sorun yaratmamaktadır.<sup>208</sup> Ayrıca işçinin hapis cezası almış olması veya gözaltına alınmış olması geçerli çıkarılma sebebi olarak sayılmaktadır.<sup>209</sup> Öğretinin bu konudaki yaklaşımı, hapis veya gözaltı süresinin işyerinde ne gibi aksamalara yol açtığına/açacağına dayalı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.<sup>210</sup>

Yukarıda Türk İş Hukukunda da belirtildiği üzere, salt yaşlılığa dayalı yapılan fesihler geçersizdir<sup>211</sup>. Yaşlılık sebebi feshin geçerli olabilmesi için, işçinin yaşı nedeniyle işini ifa etmekte zorlanıyor olması gerekmektedir. Ayrıca emeklilik yaşına (65) erişilmiş olması da tek başına çıkarılma sebebi sayılamaz.<sup>212</sup> Bunların yanında, örneğin, “*fahri görev*<sup>213</sup> üstlenmek çıkarılma sebebi sayılamaz”; üstelik işçi, fahri görevinden dolayı işini aksatmış olsa dahi, bu bir çıkarılma sebebi oluşturmaz.<sup>214</sup>

---

<sup>205</sup> Einzelne personenbedingte Kündigungsgründe(Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 131. Personenbedingte Kündigung Rn. 16-55, beck-online)

<sup>206</sup> Arbeits- und Berufsausübungserlaubnis. Ist einem ausländischen AN die erforderliche Arbeitsgenehmigung (Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 131. Personenbedingte Kündigung Rn. 16-55, beck-online)

<sup>207</sup> Fahrerlaubnis; Fluglizenz(Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 131. Personenbedingte Kündigung Rn. 16-55, beck-online)

<sup>208</sup> Alter; (Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 131. Personenbedingte Kündigung Rn. 16-55, beck-online)

<sup>209</sup> Personenbedingte Kündigung bei mehrjähriger Freiheitsstrafe (NZA 2011, 686, beck-online)

<sup>210</sup> Dütz/Thüsing, 205; BAG NZA 2011, 411.

<sup>211</sup> Alter -Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 131. Personenbedingte Kündigung Rn. 16-55, beck-online; Kündigung aus Altersgründen - NZA-RR 2001, 449, beck-online; Türk Hukukunda yaşlılığa ve emekliliğin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebebe ilişkin bkz. 66 vd.

<sup>212</sup>“Auch die Überschreitung des 65. Lebensjahres ist für sich genommen kein personenbedingter Kündigungsgrund” in NZA-RR 2001, 449, beck-online.

<sup>213</sup> Ehrenamtliche Arbeit: Fahri görev burada onursal olarak ve ücret karşılığı olmaksızın çalışmak anlamında kullanılmıştır; Ehrenämter in Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 131. Personenbedingte Kündigung Rn. 16-55; Ehrenämter auf politischer oder privater Ebene rechtfertigen personenbedingte Kündigungen in der Regel grundsätzlich nicht - NZA-RR 2001, 449, beck-online.

<sup>214</sup> Waltermann, 146; Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2141.

İşçinin kişiliğinden/yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerden en tipik örnek işçinin hastalığıdır. Toplum içerisinde aksi görüş yaygın olsa da, işverence yapılan hastalık sebebiyle fesihler geçerlidir.<sup>215</sup> Ancak bu sebebe dayandırılan fesihler, belirli sıkı şartların varlığına bağlanmıştır. Bir işçinin bir kaç gün hastalık sebebiyle – raporlu olarak - işe gelmemesi ve bunun üzerine işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmesi, işçinin açacağı işe iade davasında, davanın işçinin lehine sonuçlanacağı kuşkusuzdur. Ancak “*Uzun süre hastalık sebebiyle işe gelinmemesi ve hastanın geleceğe yönelik iyileşme durumunun söz konusu olmaması halinde - işçiye daha hafif bir iş verme imkanı yoksa/işçi bu alternatif işi kabul etmezse*”–işçinin işine son verilebilir (Gesundheitsprognose).<sup>216</sup> Bu yaklaşım genel bir kural olmamakla beraber her somut olaya göre incelenip yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Alman İş Mahkemeleri nezdinde görülen, işçinin hastalığı sebebiyle işine son verilmesi bahis konusu olan davalarda, karar aşamasına gelinmesi çok uzun zaman almaktadır. Burada iş mahkemeleri her olayın somut gerekçelerini göz önünde bulundurup, menfaatler dengesini sağlamaya çalışmaktadır.<sup>217</sup> İşverenler de iş mahkemelerinin bu konudaki tutumunu bildiklerinden, hastalık sebebiyle kolay kolay bir işçinin işine son vermeyip alternatif olarak işçi ile uzlaşma yoluna giderek ve kıdem tazminatı<sup>218</sup> ödeyerek iş ilişkisini sonlandırmaya çalışılmaktadır (Abfindungsvereinbarung; Par. 1a,9, 10 KschG).<sup>219</sup>

Sonuç itibariyle, hastalık sebebine dayalı iş sözleşmesinin feshedilmesi Alman İş Hukukunda, işçinin şahsından/kişiliğinden kaynaklanan fesih sebepleri arasında görülmektedir. Ancak salt

---

<sup>215</sup> Personenbedingte Kündigung wegen Krankheit in NZA 2008, 593, beck-online; Personenbedingte Kündigung wegen Krankheit in BAG, Urteil vom 10.06.2010 - Aktenzeichen 2 AZR 1020/08, BeckRS 2010, 73526, beck-online.

<sup>216</sup> Kündigung, personenbedingte Kündigung, Gesundheitsprognose, Kurzerkrankungen :ArbG Essen, Urteil vom 04.03.2011 - Aktenzeichen 5 Ca 3695/10, BeckRS 2012, 67543, beck-online.

<sup>217</sup> Wirksamkeit, Kündigung, krankheitsbedingte Gründe, Negativprognose, personenbedingte Kündigung, Arbeitsunfähigkeitszeiten, Fehlzeiten, Gesundheitsprognose - ArbG Bonn, Urteil vom 12.03.2009 - Aktenzeichen 1 Ca 1844/07, BeckRS 2010, 74334, beck-online; Personenbedingte Kündigung, Kündigung wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten - LAG Hamm, Urteil vom 13.06.2007 - Aktenzeichen 18 Sa 85/07, BeckRS 2007, 46773, beck-online.

<sup>218</sup> § 1a KSchG: **Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung** (1) <sup>1</sup>Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung. <sup>2</sup>Der Anspruch setzt den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagfrist die Abfindung beanspruchen kann. (2) <sup>1</sup>Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. <sup>2</sup>§ 10 Abs. 3 gilt entsprechend. <sup>3</sup>Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden.

<sup>219</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2141-2142; BAG 25. 6. 1987 EzA § 9 KSchG nF Nr. 23 = NZA 1988, 466; allgA). Sie schließt deshalb Ansprüche auf Schadenersatz wegen Verlustes des bisherigen Arbeitsplatzes aus (BAG 15. 2. 1973 AP KSchG 1969 § 9 Nr. 2) ; Auflösungsanspruch des Arbeitgebers - NZA-RR 2001, 449, beck-online.

hastalık, başlı başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep sayılmamaktadır. İşveren, hastalanan işçinin yerine başkasını çalıştırmak suretiyle, ortaya çıkan istihdam boşluğunu doldurmak zorunda olduğundan;<sup>220</sup> işverenin menfaati göz önünde bulundurularak, konu tartışılmaktadır. Yine burada feshin son çare olması ilkesi gereğince, işçiye hastalığına uygun daha hafif bir iş teklif edilmesi gerekmektedir.<sup>221</sup> Aynı şekilde işçide hastalanması sebebiyle özel bir fesih korumasından yararlanmaktadır. Hastalık nedeniyle fesih durumunda, her iki tarafın yararlarının denkleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle işçinin şahsından kaynaklanan bir fesih sebebi olarak hastalık, ancak işletme açısından giderilemeyecek zararların ortaya çıkması halinde geçerli kabul edilecektir.<sup>222</sup>

Hastalık nedeniyle fesihte üç grup sebebi birbirinden ayırt etmek gerekir. Birincisi, uzun süreli hastalık<sup>223</sup> nedeniyle sözleşmenin feshi; ikincisi, kısa süreli ama sık sık tekrarlanan hastalıklar<sup>224</sup> nedeniyle sözleşmenin feshi ve üçüncüsü, hastalığa bağlı nedenlerle iş görme gücünde azalma sebebiyle sözleşmenin feshi.<sup>225</sup>

Uzun süreli hastalık nedeniyle yapılan fesihlerde, feshin nedeni uzun süreli iş görememenin işyerinde yarattığı iş kaybı ve bununla bağlantılı gelecekteki belirsizliktir. Ancak, işçinin sadece hastalanmış olması feshin uygulanması için yeterli neden değildir. Çünkü hastalık hali, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "sosyal" açıdan özel korumayı gerektirmektedir. Bu nedenle haklı olarak, işverenin feshe ne zaman başvurabileceği sorusu sorulmaktadır. Bir diğer deyişle, işveren fesih bildiriminde bulunabilmek için, hastalık durumunun başlangıç tarihinden itibaren belirli bir sürenin geçmesini beklemek zorundadır. Kanun'da buna ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da, hastalık durumunda ücret ödemeye devam edilmesine ilişkin "Hastalık, Tatil ve Bayram Günlerinde Ücret Ödenmesine ilişkin Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan düzenleme (Par. 3 EFGZ = Hastalık, Tatil ve Bayram Günlerinde Ücret Ödenmesine ilişkin Kanun) düzenlemektedir, şöyle ki "İşçinin herhangi bir kusuru olmaksızın<sup>226</sup> hastalık sebebiyle

---

<sup>220</sup> Neueinstellung einer Aushilfskraft(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 176-187.1, beck-online)

<sup>221</sup> Personenbedingte Kündigung; Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz- LAG Hamm, Urteil vom 26.04.2007 - Aktenzeichen 15 Sa 42/07, BeckRS 2007, 46190, beck-online.

<sup>222</sup> Wirtschaftliche Interessen (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 176-187.1, beck-online)

<sup>223</sup> Lang andauernde Erkrankungen (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 176-187.1, beck-online)

<sup>224</sup> Häufige Kurzerkrankungen (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 176-187.1, beck-online)

<sup>225</sup> Waltermann, 146-147; BAG NZA 1994, 67; 2008, 593; BAG, 10.06.1999, AP Par. 1 KSchG Krankheit, Nr.2; von Hoyningen-;Huene/Linck Par. 1 KSchG, Rn. 218.

<sup>226</sup>Beck-Online: LAG Berlin: Urteil vom 28.11.1997 - 6 Sa 95/97

*çalışamaz hale gelmesi durumunda, hastalığın devam ettiği altı haftalık süre zarfında işverence ücret ödeme yükümlülüğü devam eder”.*<sup>227</sup>

Türk İş Hukuku’nda da olduğu gibi burada da uzun süren hastalık nedeniyle işverenin fesih hakkının söz konusu yukarıda anılan kanunun 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca altı haftalık sürenin geçmesinden sonra (Par. 3/1 EFZG) ortaya çıkacağı kabul edilmektedir.<sup>228</sup> Ayrıca, feshin yapıldığı anda, objektif koşullar altında işçinin iş görememe durumunun ne kadar süreceği belirsiz olmalı ve bu belirsizlik işyerinde kabul edilemez ekonomik zarara yol açmalıdır. Beklenecek olan sürenin belirsizliği, işyerinde meydana gelecek zararı arttırabileceği için, bu durum tarafların yararlarının denkleştirilmesi bakımından önem arz etmektedir.<sup>229</sup>

4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi anlamında uzun süren hastalık, İş Kanunu’nun 17. maddesindeki bildirim sürelerini altı hafta aşan süre devam eden hastalıktır. İş Kanunu’nun 18. maddesinin f) bendindeki hüküm, sadece, hastalık süresi 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmadıkça iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde feshedilemeyeceğini belirtmektedir. Buna karşılık, hastalık süresinin ihbar süresinden sonra altı haftayı geçmesi halinde “*İşverenin başka şartlar aramaksızın doğrudan doğruya iş sözleşmesini geçerli bir şekilde feshetme*” hakkına sahip olduğunu öngörmemektedir. Alman Hukuku ile Türk Hukuku’nda bu açıdan benzerlik bulunmaktadır. Zira Alman İş Mahkemeleri kararlarında hastalık sebebiyle (hastalıkta altı haftalık bir süre geçmiş olmalıdır) fesihler bazı kriterlere dayandırılmaktadır. Öncelikle “*fesih sosyal açıdan haklı olmalıdır*”; örneğin işçinin sağlık durumunun ileriye yönelik olumsuz veya öngörülemesiz olması teşhisi konulması halinde.<sup>230</sup> Bu bağlamda işçinin hastalığının uzun süreli olması veya kısa süreli olsa dahi sık sık tekrarlanacağı öngörülebilir

---

<sup>227</sup> **Par. 3 Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall:** (1) Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

([EFZG] § 3, beck-online; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1739; Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2145-2146.

<sup>228</sup> Entgeltanspruch, Vorerkrankung, Arbeitsunfähigkeit, Fortsetzungserkrankung, Entgeltfortzahlungszeitraum, - LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.04.2015 - Aktenzeichen 6 Sa 2098/14, BeckRS 2015, 68916.; Krankheitsbedingte Kündigung -LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.04.2015 - Aktenzeichen 3 Sa 368/13, BeckRS 2015, 69278, beck-online

<sup>229</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2146; Entgeltfortzahlung

(LAG Hamm, Urteil vom 26.03.2015 - Aktenzeichen 16 Sa 1711/14, BeckRS 2015, 70664, beck-online.

<sup>230</sup> Langanhaltende Krankheit –, kann eine ordentl. Kündigung ebenfalls sozial gerechtfertigt sein (BAG 21.5.1992 NZA 1993, 497, 498; 15.8.1984 NZA 1985, 357, 358: dauernde Leistungsunfähigkeit)-ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 129-137, beck-online.



ise, altı haftalık sürenin bitimini (Par. 3 EFZG) beklemezsizin fesih sosyal açıdan geçerli olacaktır.<sup>231</sup>

## 2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde, işçinin davranışından kaynaklanan fesih durumlarının hangileri olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Alman Federal İş Mahkemesi, feshin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebine dayandırılıp dayandırılmamasını, işçinin işverene veya iş arkadaşlarına karşı yapmış olduğu kusurlu bir davranışının<sup>232</sup> gelecekte tekrarlanıp tekrarlanmaması ihtimalinin bulunup bulunmadığının öngörüsüne (sog. negative Prognose<sup>233</sup>) dayandırmaktadır.<sup>234</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki geçerli fesih sebepleri Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesinde sayılan haklı sebebe dayanan olağanüstü fesih sebepleri kadar ağır olmayan, fakat işçinin kusurlu davranışlarından dolayı işverence feshin kaçınılmaz olarak haklı görülmesidir.<sup>235</sup> Aranılan kusurun sadece fevri bir davranış sebebiyle veya ani hastalıktan (depresyon hastalığı vs.) dolayı ortaya çıktığı işçi tarafından ispatlanabilirse, işveren geçmişteki davranışından dolayı işçinin işine son veremez ancak ihtar edebilir.<sup>236</sup>

### a) Geçerli Fesih Sebebi Teşkil Eden Davranış

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinde en başta, işçinin kusurlu hareketleri nedeniyle iş sözleşmesinin ihlaline yol açan haller gelmektedir. Fakat Alman Medeni Kanunu'nun 626/1 maddesinde aranan haklı sebeple derhal fesih niteliğindeki kadar ağır olmayan kusur halleri söz konusu olmalıdır.<sup>237</sup>

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde geçmişte yapılan kusurlu hareketi (sanktionieren) cezalandırmak değil,<sup>238</sup> işçinin gelecekte, iş ilişkisinin sürdürülmesine engel

---

<sup>231</sup>Sechs-Wochen-Frist des EFZG?- Anscheid/Preis/Schmidt/Vossen/Dörner KSchG § 1 Rn. 145, beck-online.

<sup>232</sup> Tätlichkeiten unter Arbeitnehmern (NJW 2006, 1694, beck-online)

<sup>233</sup> Negative Prognose und Abmahnung (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 196-200, beck-online)

<sup>234</sup> Vertragswidriges Verhalten; Vorwerfbarkeit-APS/Dörner/Vossen KSchG § 1 Rn. 265, beck-online.

<sup>235</sup> Abgrenzung zur außerordentlichen Kündigung (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 204-205, beck-online)

<sup>236</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1717; BAZ, 17.01.1991, AP Par. 1 KSchG 1969 Nr. 25: Zunächst eine Abmahnung aussprechen (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 204-205, beck-online)

<sup>237</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2160-2161.

<sup>238</sup> Keine Sanktion für Pflichtverletzungen der Vergangenheit (Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 308 - 317, beck-online)

olacak davranışların tekrarlanacağı öngörülmesine (mümkün ve muhtemel kabul edilmesi) dayanılarak sözleşme feshedilmektedir (Wiederholungsgefahr).<sup>239</sup>

Benzer şekilde, işçinin inancı veya dünyaya bakış açısı gereği belirli bir işi yerine getirmeyi istememesi durumu, kişisel tutuma dayalı davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri arasında sayılmaktadır.<sup>240</sup> Kusur ifade etmeyen fakat işçinin davranışlarından veya tutumundan kaynaklanan fesih sebebi olarak kabul edilen duruma ilişkin Alman Wuppertal İş Mahkemesi 2008 yılında şöyle karar vermiştir<sup>241</sup>: *Davacı olan Müslüman bayan öğretmenin İslam dini gereğince, derslere başörtüsü ile girmesi, işveren tarafından ikaz/ihtara sebep olmuş fakat davacı bu tutumunda ısrar etmiştir. İşveren davacının başörtüsüyle derslere girmesini, davranışından kaynaklanan fesih sebebi olarak ileri sürmüştü ve iş sözleşmesini feshetmiştir. Mahkeme, devlet okulunda bir öğretmenin dini bir sembol olan başörtüsü takmasının, iş sözleşmesinin parçası olan Federal Alman Okul Kanunu'ndaki "Nötürlük Kuralına" (Neutralitätsprinzip nach dem Schulgesetz) aykırılık teşkil ettiğini ve bu kuralın ısrarla çiğnenmiş olması sebebiyle, söz konusu feshin geçerli olduğuna karar vermiştir (Par. 57 Abs. 4 SchulG NW).*<sup>242</sup>

Bundan farklı olarak Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesine dayanarak yukarıda belirtilen şahsi kusurların en ağırlarından olan "hırsızlık" konusunun olağanüstü fesih bildirimini gerektiren derhal fesih sebeplerinden mi yoksa Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun kapsamında işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebebi olarak mı sayılacağı çeşitli mahkeme kararlarında incelleme konusu yapılmıştır.

Konuya ilişkin olarak "Lörrach Alman İş Mahkemesi" önünde hem İş Hukuku açısından çok tartışılan hem de Alman kamuoyunda geniş yankı bulan bir dava görülmüştür.<sup>243</sup> Söz konusu olay, bir bakım evinin mutfak bölümünde 17 seneden beri çalışan işçinin açmış olduğu haksız fesih ve işe iade davasına ilişkindir. Davacının olay gününde, yurt sakinlerine öğle yemeklerini dağıttıktan sonra, arta kalan mantı çorbasından - *maddi değeri 1,20 EURO = 3 TL* - bir porsiyonunu saklama kutusuna koyarak evine götürmesi sonucunda, işveren

<sup>239</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1717; Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2159; Wiederholungsgefahr (Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 308 - 317, beck-online)

<sup>240</sup> BAG NZA 24.2.2011, 2 AZR 636/09 1087 <http://juris.bundesarbeitsgericht.de>.

<sup>241</sup> ArbG Wuppertal Urteil vom 29. Juli 2008 · Az. 4 Ca 1077/08.

<sup>242</sup> Das Verbot religiöser Bekundungen in der Schule (AP GG Art. 4 Nr. 6, beck-online); Verhaltensbedingte Kündigung wegen Tragens eines Kopftuchs (ArbG Wuppertal, Urteil vom 29.07.2008 - Aktenzeichen 4 Ca 1077/08, BeckRS 2008, 56839, beck-online)

<sup>243</sup> ArbGLörrach, Karar 16. Ekim 2009, Karar No: 4 Ca 248/09.

tarafından davacının yapmış olduğu bu hareket “*hırsızlık*” olarak tanımlanmış ve davacının işine derhal – olağanüstü fesih sebebi- son vermesi ile sonuçlanmıştır. Davaya bakan yerel mahkeme davacının işe iade talebini reddederek davalının lehine karar vermiştir. Her ne kadar 17 senelik kıdeme sahip olan bir işçiden bahsedilse de mahkeme, davacının yapmış olduğu hareketi “*hırsızlık* olarak kabul etmiş ve davalı tarafın bu sebepten dolayı yapmış olduğu olağanüstü feshi yerinde görmüştür. Davalı işveren 20 Eylül 2002 “*Yurt sakinlerine dağıtılan yemeklerden arta kalanların derhal yok edilmesini*” bir yazılı bildiri (yönetmelik) şeklinde bütün işçilere duyurmuştur. Ayrıca bu bildiriye kantinde herkesin göreceği bir biçimde iki yıl boyunca duvara asmıştır. Davacı 1992’den beri davalının yanında çalıştığı için bu bildirimden içeriğinden haberdardır ve işçiler arasında sürekli uygulanan bir prosedürdür. Davalı işveren arta kalan yemeklerin işçileri için doğacak her hangi bir sağlık problemi oluşturmaması için böyle bir uygulamaya başvurmuştur. Davacının ileri sürdüğü, “*Dağıtılan yemeklerden arta kalanlarının imha edilmesi talimatında, davalı işverenin bu yemekler üzerinde artık bir hak talep edemeyeceği ve yemek artıklarının artık maliki olmadığını*” ifadesi mahkemece reddedilmiş ve davalının yemek artıklarının çöpe atılması talimatı doğrultusunda, hala yemek artıkları üzerinde hak sahibi olduğunu ve istediği gibi tasarruf etme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Kamuoyunda ve Hukuk camiasında en çok tartışılan nokta ise, dava konusu miktar yemeğin maddi değerinin 1, 20 EURO = 3 TL olmasıdır. Mahkeme, işverene ait olan ve işçi tarafından çalınan bir şeyin maddi değerinin kusur oranını hafifletmediğini, aksine çalınan şeyin maddi değerini göz önünde tutarak işçi tarafından yapılan hırsızlığı pek hafif bir kusur olarak saymanın, işverenin mülkiyet hakkını hiçe saymak anlamına geleceği yöndedir. Mahkeme, Ticaret ve İş alanında ufak tefek hırsızlıkların kusur olarak kabul etmemenin, toplum içerisinde karmaşık hal alacağını ve maddi değer sınırını belirlemenin çok güç olacağını ifade etmiştir.

Burada asıl söz konusu olan ve davacının yapmış olduğu hareketinin işini derhal feshedilmesine sebebiyet veren kanaat, davalı tarafından yapılan bildiriye davacı hiçe saymış olması ve olayın akabinde davacıdan alınan savunmasında göstermiş olduğu tutumdur. Davacının yapmış olduğu davranışı hırsızlık olarak görmemesi, işverenin açık talimatına aykırıdır. Davacının işveren talimatına uymaması ve yazılı savunmasında “*alt tarafı bir kaç kuruşluk yemek artığından*” bahsedildiğini söylemesi, iş ilişkisi açısından davacının tutumunun geleceğe yönelik değişmeyeceği kanaatini oluşturmuştur ve bu sebepten dolayı güven ilişkisi sarsılmış sayılarak davalının fesih beyanı mahkemece yerinde bulunmuştur.

Mahkeme, davacının kasıtlı hırsızlığı sebebiyle iş sözleşmesini ihlal etmesini, bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Bundan dolayı da güvene dayalı iş ilişkisinin temelden sarsıldığını ve bu ilişkinin ileriye yönelik devam etmesinin davalıdan beklenemeyeceği kanaatine varılmıştır.<sup>244</sup>

Kanaatimizce de, Mahkeme burada yerinde bir karar vererek, davalının hırsızlığa dayalı yapılan feshi beyanını yerinde bulmuş ve davacının işe iade davasını reddetmiştir. Çünkü, işçi burada işverenin açık talimatına karşı gelmiş ayrıca savunmasında da bu durumu hırsızlık olarak değerlendirmediyini ifade etmiştir. Buna rağmen işverenin iş sözleşmesini feshedemeyeceğini kabul etmek, işvereni işçinin bu tip davranışlarına katlanmak zorunda bırakacaktır.

Alman Federal İş Mahkemesinin kararına dayanılarak somut olayda işçi tarafından işlenen hırsızlık gibi ağır kusurlu hareketlerde, fesihden önce işçinin ayrıca ihtar (Abmahnung) edilmesi gerekmemektedir. Somut olayda, güven ilişkisi hırsızlık sebebiyle temelden sarsılmış ve davacının tutumu sebebiyle gelecekte yine böyle bir durumla karşı karşıya kalma ihtimali olduğundan, işveren buna katlanmak zorunda değildir.<sup>245</sup>

Türk İş Hukuku'nda İş Kanunu m. 25/II e bendi gereğince, işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması veya hırsızlık yapmak, haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Haklı nedenle feshe sebebiyet verecek büyüklükte olmayan durumlar ise geçerli fesih sebebi teşkil edebilecektir. Ancak Yargıtay kararlarının Alman Hukuku'nda olduğu kadar açık ve istikrarlı olduğunu söylemek güçtür. Örneğin Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2012 yılında vermiş olduğu bir karara göre, *"...Dosya içeriğine göre, temizlik işçisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, işverence idare binasının girişindeki vestiyer rafında bulunan çikolata paketini alması nedeniyle 4857 sayılı Kanun'un 25/II-e. maddesi gereği tazminatsız olarak feshedilmiştir. ... Delil durumuna göre, davacının vestiyerde bulunan çikolata kutusunu aldığı sabittir. Vestiyer bölümünün herkesin girip çıkabileceği bir yer olması sonucu değiştirecek mahiyette değildir. İşçi, temizlik işini yerine getirdiğinden, işyerinde kimsenin olmadığı zamanlarda, mesainin*

---

<sup>244</sup> Aynı yönde olan kararlar: Wegnahme geringwertiger Sachen (59 Cent) -ArbG Wuppertal, Urteil vom 31.03.2009 - Aktenzeichen 4 Ca 3853/08, BeckRS 2009, 73446; Kündigung einer Kassiererin wegen Verwendung von 1,30 Euro-Leergutbons zum eigenen Vorteil (NZA-RR 2009, 188,; Essen der Brötchen durch die Pflegekräfte(NZA-RR 2015, 471, Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung –Nachweis des Diebstahls durch verdeckte Videoüberwachung - NJW 2012, 3594, beck-online

<sup>245</sup>BAG, Urteil vom 12.01.2006,2 AZR 179/05: Eine vorherige Abmahnung ist jedoch ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist.

*başlamısından önce ve bitişinden sonra görev yapmaktadır. Günün bu bölümlerinde işyerinde ki tüm evrak ve belgeler, eşyalar ve işin niteliğine işyerindeki göre tüm malzemeler işçiye emanet edilmiş durumdadır. İşçiden işverene ait tüm bu eşyaları muhafaza ederek temizlik işini ifa etmesi beklenmektedir. Davacının kimsenin bulunmadığı bir sırada başkasına ait çikolata kutusunu alarak kendisine mal etmesi, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış niteliğindedir. İş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmaktadır. Kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hatalı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”<sup>246</sup> Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2014 yılında vermiş olduğu bir karara göre ise, “...Davalı davacının 14/06/2010 tarihinde manav odasında bulunan ve dışarıya açılan kapıdan içerisinde erik, elma, üzüm, şeftali ve biberin bulunduğu poşeti koyarak dışarıya çıkardığının tespit edilmesi üzerine iş akdinin feshedildiğini ileri sürmüş ve mahkemece feshin haklı olduğu kabul edilmiş ise de, davacının dışarıya çıkarmaya çalıştığı meyve ve sebzelerin kullanılabilir olup olmadığı konusunda tanık beyanlarında bir birlik olmayıp, genel olarak meyve ve sebzelerin sağlam satılabilir nitelikte olduğuna ilişkin somut deliller sunulmadığı anlaşılmalı davacının eylemi ile fesih arasında orantısızlık bulunduğundan davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”<sup>247</sup> Kararlardan da anlaşılacağı üzere, ilk kararda ölçülülük aranmazken ikinci kararda hırsızlık konusunun miktarı, kullanılabilir olup olmadığı, fesihle ölçülülük bakımından değerlendirmeye alınmıştır.*

#### b) İhtar (Abmahnung)

İhtar, “işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için zorunlu bir şart” olup, “işçinin yetersizliği ya da işletme gereklerine dayalı fesihlerde” ise ihtar şartı öngörülmemektedir. İhtardan (Abmahnung) maksat, işçinin önceki hatalı davranışını düzeltmesi ve böyle bir hareketin bir daha tekrarlanmamasını sağlamak için yapılan bir ikazdır.<sup>248</sup> Burada, hafif bir sebepten dolayı işçinin işine son verme girişiminin önüne geçilmek istenilmektedir. İşçiye ikaz ederek, eyleminin işveren tarafından göz ardı

<sup>246</sup>Kazancı: Yargıtay 22.HD 2012/9148 E. 2012/28123 K. 13.12.2012

<sup>247</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 2014/3969 E. 2014/8209 K. 13.03.2014

<sup>248</sup>Verhaltensbedingte Kündigung; Abmahnung (BAG, Urteil vom 08.12.1988 - Aktenzeichen 2 AZR 294/88, BeckRS 1988, 31022501, beck-online)

edilmeyecek derecede olduğu tavrı ortaya konulur ve böylece işçiye ikinci bir şans verilmeye çalışılır.<sup>249</sup>

Alman İş Hukukunda aynı bir davranış sebebiyle en az bir defa işçiye ihtar çekilmiş olmalıdır. Ayrıca ihtar için öngörülen belirli bir şekil şartı kanunen aranmadığından hem sözlü hem de yazılı yapılabilmektedir. Ancak ispat açısından ihtarın yazılı yapılması ileride bir dava konusu halinde sunulmasında daha sağlıklı olacaktır. İhtarnamenin ihtar ve ikaz fonksiyonunu sağlayabilmesi için işçiye hangi davranışından dolayı ihtar edildiği açıkça beyan edilmelidir. Örneğin, çoğu zaman işe geç gelmiş olduğunu söylemek yerine ihtarın tarih ve saati belirleyerek somut bilgilere dayandırılması gerekmektedir. Bununla beraber ihtarın olaydan sonra hangi süre zarfında yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Zamanaşımı veya hak düşürücü süreler öngörülmemiştir. İşçiye çekilen ihtarname genelde iki yıl geçerliliğini korur; bu süre içerisinde aynı davranıştan dolayı bir ihtar daha verilirse bu geçerli fesih sebebi olarak ileri sürülebilir. İhtara karşı işçinin itiraz hakkı vardır ve işveren tarafından işçinin özlük/sicil dosyasına kaydedilir (Par. 83 Abs. 2 BetrVG).<sup>250</sup>

#### C. İşçinin Yetersizliği Ve Davranışlarından Kaynaklanan Fesih Nedenlerinin Ayrımı

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri iki farklı durumu düzenlemektedir.<sup>251</sup> Belirtmek gerekir ki, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler açısından işçinin kusuru aranmaz, sadece onun objektif konumu dikkate alınır; davranıştan kaynaklı nedenlerde ise işçinin haklı nedenle derhal feshe olanak verecek ölçüde olmayan kusurlu davranışı değerlendirmede esas alınır. Kusurdan bahsedilebilmesi için işçinin iradesinin varlığını gerektirdiğinden “*iradeli*” kavramı ayırırda esas alınacak kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>252</sup> Buna göre, fesih nedeni işçinin iradesinden bağımsız bir şekilde ortaya çıkmış ise, onu yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih nedeni olarak kabul etmek gerekir. Buna karşılık, işçinin iradesinin etkili olduğu durumlarda onun davranışlarından kaynaklanan bir fesih sebebi söz konusu olacaktır.<sup>253</sup>

<sup>249</sup> Kara, 64; Kılıçoğlu/Şenocak, 398.

<sup>250</sup> Beck-Online: BAG Urteil 19.7.2012, 2 AZR 782/11.

<sup>251</sup> Süzek, 465; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 890; Verhaltensbedingte Kündigung, personenbedingte Kündigung (ArbG Suhl, Entscheidung vom 26.11.2008 - Aktenzeichen 1 Ca 1230/08, BeckRS 2011, 65506, beck-online); Alkoholabhängigkeit (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.08.2014 - Aktenzeichen 7 Sa 852/14, BeckRS 2014, 73384, beck-online)

<sup>252</sup> Kara, 42 vd.

<sup>253</sup> Süzek, 569; Kara, 41; Manav, 101.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa, geçerli bir sebep olarak kabul edilemeyecektir. Bununla birlikte, her olayın somut özellikleri dikkate alınarak yeniden bir değerlendirme yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.<sup>254</sup>

### III. İŞLETME GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN FESİH SEBEPLERİ

#### A. Genel Olarak

Gerek Alman gerek Türk İş Hukuku'nda geçerli fesih sebebi olarak kabul edilen ikinci grup fesih nedenleri işletme gereklerinden kaynaklanan fesih sebepleridir (Betriebsbedingte Kündigungsgünde). İşletme gerekleri kavramından, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine, teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması ve nitelik değiştirmesi sebebiyle iş gücü fazlalığının ortaya çıkması ve artık işçinin istihdam edilememesi durumu olarak anlaşılmaktadır.<sup>255</sup> İşçinin yetersizliği yahut davranışlarından kaynaklanan sebeplerden farklı olarak burada işçiden kaynaklanmayan, işçinin durumu değiştirebilme imkanı olmayan fesih sebepleri söz konusudur.<sup>256</sup>

#### B. Türk İş Hukukunda İşletmenin, İşyerinin Ve İşin Gerekerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri

Genel olarak İş Kanunu'nun 18. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini, "*İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe*" dayandırarak feshedebilmektedir. Burada da, işletme gerekleri hangileri olduğu kanun maddesinde açıkça ifade edilmemiştir. İşletme gereklerinden kaynaklanan fesih sebepleri İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinden hareketle öğretilde çoğunlukla "*İşyerinin içinden ve dışından kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılmakta*" dır. Bizde bu ayırma dayanak işletme gereklerinden kaynaklanan fesih sebeplerini aşağıda iki başlık altında inceleyeceğiz.

---

<sup>254</sup> Kara, 39-40.

<sup>255</sup> Süzek, 588; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1000; Narmanlıoğlu, 512; Centel, 105; Kılıçoğlu/Şenocak, 289; Kar, Bektaş: <http://www.calismatoplum.org/sayi17/kar.pdf>, 104.

<sup>256</sup> Toplu İşçi Çıkarmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, 114 vd.; Centel, 199 vd.

İşletme gereklerine dayalı fesihlerde işletmesel kararın tutarlılığına ilişkin olarak tutarlılık denetimi, fesihte keyfiliğin denetimi açısından keyfilik denetimi, işletmesel karar açısından ölçülülük denetimi ve feshin son çare olması bakımından fesih denetime tabi tutulmaktadır.<sup>257</sup>

## 1. İşletme Dışı Sebepler

### a) Genel Olarak

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesine göre, “*Sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler*” işyeri dışından kaynaklanan sebeplerdir. Burada yer alan sebepler işyerinden kaynaklanmayan, işverenin davranışlarının etkili olmadığı ancak buna rağmen işyeri üzerinde doğrudan etkisi bulunan hallerdir. Kanunun gerekçesinden de anlaşıldığı gibi burada ağırlıklı olarak işyerinin ekonomik açıdan etkilenmesi durumu söz konusudur. İşletmeyi sadece iç piyasasının ekonomik açıdan etkilemesi değil, dış piyasasının da etkilemesi sebebiyle geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmektedir.<sup>258</sup>

Gerekçeden ayrıca anlaşılacağı üzere, işletme dışı sebepten dolayı işyerindeki işlerin devam edilmesi neredeyse imkansız hale gelmiş olmalıdır.

### b) İşletme Dışı Geçerli Fesih Nedenlerine Örnek Haller

Bu noktada Kanunu'nun gerekçesinde sayılan birkaç örneklere değinerek konuya açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

“*Sürüm ve satış olanağının düşük olması*” iç veya dış piyasasındaki ekonomik krizin, işyerindeki üretim/üretim aşamasında etken bir biçimde gerilemeye yol açmış olması gerekir. Üretimin gerilemesiyle aynı oranda işyerindeki istihdam olanağı da etkileneceği için iş sözleşmeleri geçerli nedene dayalı olarak feshedilmesi kaçınılmaz olacaktır.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup>Centel, 105; Kar, 111 vd.

<sup>258</sup>Centel, 106Kara, Etem, İş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli nedenle feshi ve sonuçları /Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Kocaeli 2006, 46 vd.

<sup>259</sup> Engin, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Fesih, Beta Yayın, İstanbul 2003, 36.



“Talep ve siparişlerin azalması” hali, piyasanın durgunlaşması veya ülkesel ekonomik krizin ortaya çıkması, piyasada alım ve satım gücünün giderek azalmasında yüzünü gösterecektir. Örneğin toplumda alım gücünün azalmasıyla mal ve hizmet üretimleri de olumsuz bir şekilde etkilenecektir. Bu durumda işyerindeki istihdam fazlalığı sebebiyle yine işveren geçerli fesih yoluna gidebilecektir.

“Ham madde”, işyerindeki mal üretiminin ham maddeyi işlemeye bağlı olduğu hallerde, hayati önem arz etmektedir.<sup>260</sup> Yine burada da ham maddenin temin edilememesi durumu üretimi ve bununla beraber işyerindeki istihdamı olumsuz bir şekilde etkilemiş olmalıdır. Ancak burada belirtilmesi gerekir ki, ham madde temin edilememesi/yetersiz temin edilmesi hali işyerinin dışından kaynaklanmak zorundadır. Yani işyerinin bulunmuş olduğu ekonomik sıkıntılardan dolayı, ham madde sıkıntısı yaşaması hali, bu bağlamda değerlendirilmeyecektir.

İşletme dışı sebeplerin ne olduğuna dair Yargıtay kararları incelendiğinde de, “... İşletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik sıkıntı, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren iş yeri dışından kaynaklanan sebepler...” olmak üzere madde gerekçesinde yer verilen esasların benimsendiği görülecektir.<sup>261</sup>

İşveren, işletme dışı sebeplerin mecbur kıldığı - işletmesel süreçteki - yapısal değişimi somut olarak ortaya koymak zorundadır. Özellikle de işletme dışı sebeplerin belirli çalışma alanlarında istihdam fazlalığına yol açtığını göstermelidir. Yargıtay, işverenin feshe ilişkin geçerli nedenini, fiili verilere, işçilerine karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebileceği, somut olgulara dayandırarak, detaylı bir biçimde ortaya koymasını istemektedir. Ancak bu şekilde işletme dışı sebeplerinin doğrudan doğruya işyerindeki istihdama etkisini gösterdiği anlaşılabilir ve buna dayalı feshi - İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında - geçerli hale gelecektir.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> Centel, 108.

<sup>261</sup> Kazancı: Yargıtay 22. HD. 23.2.2015, 2015/4509 E., 2015/6855 K.; 2.2.2015, 2014/36277 E., 2015/2019 K.,

<sup>262</sup> Kazancı: Yargıtay 22. HD. 23.2.2015, 2015/4509 E., 2015/6855 K.; Yargıtay 7. HD. 28.1.2015, 2014/17005, E., 2015/771 K.; Yargıtay 9. HD. 26.1.2015, 2014/34091 E. 2015/2067 K.

Bazı durumlarda işletme içi sebeplerle işletme dışı sebeplerin birlikte görülmesi de mümkündür. Örneğin, Yargıtay<sup>263</sup>“Yeniden yapılanma kararı ( kurucu işveren kararı ) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olacağını ve bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edeceğinin” altını çizmektedir.

Yine Alman İş Hukukunda da işyeri dışından kaynaklanan talep ve siparişlerin azalması<sup>264</sup> (Ausserbetriebliche Gründe) veya ekonomik kriz sebebiyle<sup>265</sup> üretimin azalması ve bundan dolayı istihdam fazlalığı oluşması halinde bir veya daha fazla işçinin işine son verilmesi fesih için geçerli saymaktadır.<sup>266</sup>

## 2. İşletme İçi Sebepler

### a) Genel Olarak

İşletme dışı sebeplerden farklı olarak işletme içi sebepler söz konusu olduğunda, feshetkili olan sebep bizzat işverenin verdiği işletmesel kararların bir neticesi olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>267</sup> İşveren kural olarak sözleşme serbestisi ilkesi gereğince (Anayasa'nın 13, 48, 49. maddeleri uyarınca) fesih hakkına sahip ve işletmesel kararlarında özgürdür. Örneğin işyerinin otomasyona geçirilmesine, işyerinin bir bölümü kapatılmasına veya işyerinde küçültmeye gidilmesine<sup>268</sup> ilişkin işletmesel karar alınması yargıç tarafından yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Ayrıca işletme kararının ne kadar yararlı olup olmadığı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme de yapılamaz. Bu yüzden iş mahkemesi önüne gelen davalarda işletmesel kararına ilişkin yerindelik denetlemesi yapamaz. Bununla birlikte iş güvencesine ilişkin hükümlerle bazı yasal sınırlamalar getirmiştir. Aslında hukuk düzeni işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü, işçiyi korumak için kısıtlamakta ve iş

<sup>263</sup> Kazancı: Yargıtay, 9. HD. 13.02.1014, 2013/9591 E., 2014/4491 K.; Yargıtay, 9. HD. 26.01.2015, 2014/34891 E., 2015/2067 K.

<sup>264</sup> Außerbetrieblicher Grund(LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.12.2003 - Aktenzeichen 10 Sa 1087/03, BeckRS 2003, 30800100, beck-online); Absatzschwierigkeiten und Auftragsmangel (Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 134. Betriebsbedingte Kündigung Rn. 33-34, beck-online); Die Betriebsschließung stellt einen Kündigungsgrund i. S. von § 1 II KSchG dar (NZA 1987, 636, beck-online).

<sup>265</sup> Wirtschaftskrise (LAG Hamm, Urteil vom 27.05.2010 - Aktenzeichen 15 Sa 1506/09, BeckRS 2010, 72023, beck-online)

<sup>266</sup>Betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus außerbetrieblichen Gründen z. B. Auftragsmangel ergeben (ArbG Passau, Schlussurteil vom 15.10.2010 - Aktenzeichen 4 Ca 1221/09, BeckRS 2013, 72105, beck-online)

<sup>267</sup> Engin, 36-37.

<sup>268</sup>Centel, 108.

sözleşmesinin feshi için geçerli nedenin varlığını aramaktadır.<sup>269</sup> Bu bağlamda mahkeme sadece işletmesel kararının objektif açıdan ne kadar hayata geçirilip geçirilmediğini denetleyebilecektir.<sup>270</sup>

#### b) İşletme İçi Geçerli Fesih Nedenlerine Örnek Haller

İşyeri içinden kaynaklı nedenlere örnek olarak İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde "*Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi*" sebepler sayılmaktadır. Ancak sebepler burada sayılanlarla sınırlı olmayıp, aksine daha da genişletilebilir.<sup>271</sup>

İşveren işyerindeki verimliliği, kaliteyi artırmak için veya piyasa rekabetine ayak uydurmak için farklı alanlara yönelerek yeni kararlar alabilir. Bu amaca ulaşmak için "*işveren üretimi kısımlar, üretim konusunu, yöntemlerini ve tekniklerini değiştirebilir, işletmesini küçültebilir, işletmenin fazla verimli olmayan faaliyetlerine son verebilir, bölümlerini veya üretim bandını kapatabilir, üretimin çeşitliliğini azaltarak belirli mal veya hizmetlerin üretiminde yoğunlaşabilir, iş akışını yeniden yapılandırabilir*"<sup>272</sup>. Bu değişikliklerle birlikte işyerinde istihdam fazlalığı oluşması halinde "*son çare*" olarak<sup>273</sup> işveren iş sözleşmelerine süreli fesih yoluyla son verebilir. Ancak "*işlerin yoğun olmasına rağmen, reorganizasyona ihtiyaç duyulmadığı halde, ücretlerden tasarruf etmek veya sırf maliyeti düşük tutmak amacıyla*"<sup>274</sup> fesih yoluna başvurulması durumu geçersiz sayılacaktır.

#### ba) Çalışma Yöntemlerinde Değişiklik

İşveren işyerinde uzun zamandan beri uygulanan çalışma yöntemine ilişkin değişikliğe gidebilir. Bu gibi durumlarda genelde – örneğin asıl işveren ve alt-işveren ilişkisi – daha az işçiye ihtiyaç duyulması söz konusu olabilir. Burada aslında taşeronla bırakılan işler sebebiyle - bu alanda çalışan işçilerin işleri ortadan kalktığı için - ortada kalan işçilere "*feshin son çare olma ilkesi gereğince*" başka bölümlerde istihdamı devam ettirilmesi gerekmektedir. Ancak

---

<sup>269</sup> Kar, 102 vd.

<sup>270</sup> Centel, 108.

<sup>271</sup> Süzek, 588; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1000; Narmanlıoğlu, 512; Centel, 110; Kara, 41-42.

<sup>272</sup> Engin, 82-83; Centel, 110.

<sup>273</sup> Centel, 109.

<sup>274</sup> Süzek, 594.

işveren böyle bir yola başvurmayacağı için, işletme gereklerine dayalı geçerli bir fesih nedeninin varlığı kabul edilmesi gerekir.<sup>275</sup>

#### bb) İşyerinin Küçülmesi, İş Türlerinin Azaltılması veya Bazı Bölümlerin Kapatılması

İşletmeler arasındaki rekabeti arttırmak için, çoğu işletmeler kendiliğinden veya zorunlu olarak işyerinin küçültülmesi yoluna başvurmaktadır (İK 18. m. “işyerinin daraltılması). Bunun sonucunda ise, işyerinde çalışan işçi sayısının da düşürülmesi yoluna gidilmektedir. Böyle bir yaklaşım hukuken yadırganamaz; ancak işverenin keyfi olarak işyeri küçültmeye gitmesi bu bağlamda kabul edilemez.<sup>276</sup> Nitekim, işverenin işyeri küçültme yoluna başvurmasındaki maksadı rekabet gücünün devamlılığını sağlamak amacına hizmet edecek bir gerekliliğe dayanmak zorundadır.

Bunun yanı sıra iş türlerinin azaltılması yoluna gidilmesi veya bazı bölümlerin kapatılıyor olması ve bu sebepten dolayı işi ortadan kalkan işçi – feshin son çare olması ilkesi gereğince - farklı alanda istihdam edilememesi halinde, geçerli nedene dayalı fesih mümkün olacaktır.

İşletme sürekli zarar ettiği halde, işveren üretimde bir kısıtlamaya gitmeksizin devam etme kararı aldıysa, burada işgücü fazlalığından söz edilemez ve böylece işletme gereklerine dayalı fesih geçerli sayılamaz. Diğer yandan, işveren iş yerinin bir bölümünü iptal etmiş, ancak “*aynı faaliyeti diğer bir bölümde veya diğer bir işyerinde sürdürmeye başlamışsa*”, aynı nitelikte işçiye ihtiyaç devam ettiği sürece “*geçerli fesih nedeni hemen doğmaz*”. Bu durumda işveren değişiklik feshi (Abänderungskündigung) yoluna giderek işyerinin değiştirilmesini kabul eden işçiler ile iş ilişkisini devam ettirecektir. Ancak şöyle bir durumla da karşılaşabilir ki, “işyerindeki işçi sayısı aynı kalmış ancak işin nitelik değiştiği için bazı işçilerin çalışma olasılığı kalmamış” olabilir.

#### bc) Yeni Teknoloji

Günümüz teknoloji çağında işveren yeni makineler alarak eski yöntemlere dayalı çalışan işçilere – işyerinin otomasyona geçmesi gibi hallerde -<sup>277</sup> artık ihtiyaç duymayabilir. Örneğin,

<sup>275</sup> Engin, 85-86; Centel, 110-111.

<sup>276</sup> Centel, 111.

<sup>277</sup> Centel, 111.

“işveren teknolojik değişime uyarak çelik üretimi yerine kompozit (karma) maddelerin üretimine”<sup>278</sup> geçmiş olabilir ve böylelikle işçi sayısında bir değişiklik durumu söz konusu olmasa bile “farklı vasıflarda” işçiye ihtiyaç duyulacak ve böylece yine işyeri sebeplerine dayalı olarak fesih geçerli olacaktır.<sup>279</sup> Ancak salt işçinin yeni teknolojiye uyum sağlayamaması sebebiyle işine son verilemez. Burada işletme gereklerine dayalı olarak, yeni teknoloji ile birlikte, işçiye ihtiyacın ortadan kalkması söz konusudur; diğer durumda ise işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir durum söz konusu olacaktır.

### c) İşçinin İşinin Ortadan Kalkması/İşgücü Fazlasının Açığa Çıkması

İşçinin işinin ortadan kalkması durumuna dayalı olarak fesih hakkını beraberinde getirmesi gerekir; yani *işin ortadan kalkması ile* fesih hakkının doğması arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir.<sup>280</sup> Örneğin, üretimde azaltmaya gidilmesi kararına dayalı olarak bir iş bölümünün kapatılması sonucunda işçinin işinin ortadan kalkması ve işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulması durumu geçerli bir fesih nedeni sayılacaktır.<sup>281</sup> Bir işçinin çalışma imkanının ortadan kalkması, aynı işbölümünün de ortadan kalktığı anlamını taşımamaktadır. Burada bir işletme kararına dayalı olarak daha önceki çalışma alanındaki çalışan işçinin işinin sürekliliği ve özdeşliği yitirilmektedir.<sup>282</sup> Bu bağlamda işveren işletmesel karar olarak o güne kadar uygulanan iş yöntemini (işin niteliğini ve özelliğini) serbestçe değiştirebilir.

### 3. İşletmesel Karar

Her ne kadar İş Kanunu’nda yer verilmemiş olsa da, işletme gereklerine dayalı olarak yapılan fesihlerde Yargıtay işverenin feshini geçerli kılan bir işletmesel kararın varlığını aramaktadır.<sup>283</sup> İşveren işletmesinin yararına olacak işletmesel kararları almak hakkına sahip ve yönetim hakkı gereğince serbesttir.<sup>284</sup> Buna karşılık işverence bu işletmesel karara dayalı olarak gerçekleştirilen fesih işlemi yargı denetimine tabi tutulacaktır.<sup>285</sup> Yargıtay kararlarında işverenin dürüstlük kuralına uygun davranması ve feshin son çare olması ilkesinin gerekliliklerini sağlaması aranmaktadır.

<sup>278</sup> Engin, 77.

<sup>279</sup> Centel, 109; Köse, 49.

<sup>280</sup> Engin, 77.

<sup>281</sup> Süzek, 597; Centel, 109; Kara 48-49.

<sup>282</sup> Engin, 77.

<sup>283</sup> İşletmesel kararının iki türlü - kurucu işveren kararı / bağlı işveren kararı - olmasına ilişkin bkz. Kar, 109 vd.

<sup>284</sup> Narmanlıoğlu, 513; Süzek, 589.

<sup>285</sup> Centel, 112.

Yargıtay işletme, işyeri ve işin gereğine dayalı olarak yapılacak fesihlerin “*Geçerli sebeple yapılmış olup olmadıkları konusunda, işletmesel kararı*” ölçü almaktadır. Gerçekten Yargıtay kararlarına göre<sup>286</sup>: “*İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihten önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihten kaçınma imkanlarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekir.(...) işveren feshin ciddi ve tutarlı bir uygulamanın sonucu olup olmadığını, işletmesel kararın alındığını ve bu kararın kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılıkla uygulandığını hiç bir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kesin olarak ispat etmekle yükümlüdür.*”

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2015 yılında vermiş olduğu bir kararına göre<sup>287</sup>: “*İşverenin, mevcut olan işçi sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, “gizli, örtülü” işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanununun 18'nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.*”

#### 4. Feshin Geçerliliğinin Denetimi

İşveren tarafından verilen işletmesel kararının (girişimci kararının) riskini taşıyan işverenin, işletmenin başarısı ve geleceği için en uygun gördüğü kararı verme hakkına da sahip olmalıdır.<sup>288</sup> Anayasa'nın 48. maddesi ile güvence altına alınan “*çalışma ve sözleşme özgürlüğü*” aynı zamanda işletmesel karar alma özgürlüğünü de kapsamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere işverence alınmış olan işletmesel kararlar kural olarak yargı denetimine tabi tutulmaz ve yerindelik denetimi de yapılamaz.<sup>289</sup>

<sup>286</sup> Kazancı: Yargıtay 22. HD. 26.1.2015, 2015/466 E., 2015/1140 K.; Yargıtay 9. HD, 13.02.1014, 2013/9591 E., 2014/4491 K.; 26.01.2015, 2014/34891 E., 2015/2067 K.; 6.5.2015, 2015/8820 E., 2015/16532 K.; Yargıtay 7. HD. 19.2.2015, 2014/19911 E., 2014/1933 K.

<sup>287</sup> Kazancı: Yargıtay 7. HD. 28.1.2015, 2014/17005 E., 2015/771 K.

<sup>288</sup> İşletmesel kararının yerindelik, tutarlılık, ölçülülük denetimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kar, 112 vd.

<sup>289</sup> Süzek'e göre, “*İşletmenin faaliyetinde önemli ve devamlı bir düşüş, ciroda ve siparişlerde sürekli azalma finansman üretim ve bütçe açığı müşteri çevresi, işyerini olumsuz etkileyen ekonomik kriz gibi durumlarda*

İşletme içi sebeplere dayanan fesihlerde *Yargıtay*; işverenin, “*İşletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirlerinin*” zorunluluğunu ortaya koyması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>290</sup>Böylece bu tedbirlere dayalı olarak işverenin, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetmel karar alma hakkını) kullanabileceğinin altı çizilmiştir.

İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işveren, öncelikle hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. Bununla birlikte işveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymak zorundadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında, feshin geçerli nedenlere dayandığını ispat yükünün davalı işverene ait olduğu açıkça ifade edilmiştir.<sup>291</sup> İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlamak zorundadır. Bu

---

*işverenin mevcut işçiler ile işe devam etmesi kendinden beklenemeyecek bir hal almalıdır. Yani bu durumda yapılandırma ile işgücü fazlası ortaya çıkmış olmalıdır. “Ekonomik güçlükler; Örneğin cironun azalması, karda geçici azalma gibi süreklilik arz etmeyen durumlarda veya üretime işgücü ihtiyacı olduğu halde devam eden ve sadece ekonomik krizi bahane ederek” yapılan fesih haklı fesih sayılmaz. Süzek, 591; Kara, 48;*

<sup>290</sup>Yargıtay kararlarına göre, “*Rasyonalizasyon tedbirleri - örneğin, safi hâsıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci- üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağına karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun artırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (Outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler*<sup>290</sup>, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı”, gibi haller örnek olarak gösterilebilir. Kazancı: Yargıtay 7. HD. 11.3.2014, 2014/114 E., 2014/5654 K.; Yargıtay 9. HD. 13.2.2014, 2013/9591 E., 2014/4491 K.; 26.1.2015, 2014/34091 E., 2015/2067 K..

<sup>291</sup> Ayrıca bkz. Kara, Etem, İş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli nedenle feshi ve sonuçları /Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Kocaeli 2006; 69 vd.

kapsamda, işveren işletmesel nedenlere dayalı fesihlerde fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

## 5. Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio)

### a) Genel Olarak

Feshin son çare olması ilkesine ilişkin İş Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamakla beraber gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretide feshin geçerliliğinin denetiminde kullanılması gerektiği kabul edilen temel bir prensiptir.

Yukarıda belirtilen şartların varlığı feshin geçerli nedene dayandığının kabulü için tek başına yeterli değildir ve bu nedenler işverence yapılan feshi geçerli hale getirmezler. Feshin son çare olması ilkesi gereğince öncelikle iş güvencesi kapsamındaki hukuki ilişkilerde, süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması gerekir. Ancak bunların yetersiz kalması halinde feshe “*son çare*” olarak başvurulacaktır. Başka bir ifadeyle, “*Fesihle ulaşılmaması istenen sonuca ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşılması mümkün ise*”<sup>292</sup> bu durumda yapılmış olan fesih de geçersiz sayılacaktır.

Ultima ratio ilkesinin hukuki dayanağı, sözleşmeyle bağlılık (“*pacta sunt servanda*”) ve sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun ifası ilkesine (MK m. 2) dayanmaktadır.<sup>293</sup> Bu bağlamda feshin son çare olma ilkesi, taraflar arasında fesih yoluna başvurmadan önce, dürüstlük kuralı gereğince iş ilişkisini devam ettirmek için söz konusu olabilecek bütün alternatiflerin gözetilmesi zorunluluğunu ifade etmektedir ki; iş güvencesi kapsamında feshin geçerli sebebe dayalı olarak yapıp yapılmadığı bu ilkenin ışığında – yargısal denetimde de özellikle değerlendirilecektir.

Alman İş Hukukunda ise “*ultima ratio ilkesi*” mevzuatta açıkça düzenlenmiştir.<sup>294</sup> Türk Hukuku'nda ise İş Kanunu'nun 18. maddesinin sadece gerekçesinde dile getirilmiştir. Madde

---

<sup>292</sup> Güzel/Ertan, 1221; Süzek, 613-614; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1001-1002.

<sup>293</sup> Kar, 124 vd.

<sup>294</sup> Alman İş Hukukundaki durum için bkz. 97; Prognoseprinzip-(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 80-83, beck-online); § 626 Ausschöpfung milderer Mittel (APS/Vossen/Dörner BGB § 626 Rn. 88-89, beck-online) § 2 Abs. 2 Nr. 2 SGB III- (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 66-73, beck-online); Par. 626 Ausschöpfung milderer Mittel (APS/Vossen/Dörner BGB § 626 Rn. 88-89, beck-online); Manav, 110-111.



gerekçesine göre, “işverenin feshe en son çare olarak bakmasıdır”. Bu nedenle, fesih için ileri sürülen geçerli sebep değerlendirilirken, işverenin aslında fesihten kaçınma imkanının olup olmadığına bakılmalıdır. Ayrıca işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenlerin bulunması halinde “iş sözleşmesinin hemen feshi yoluna gidilmemesi”<sup>295</sup> öncelikle mümkün olduğunca esnek çalışma yöntemleri uygulayarak, iş ilişkisine devam edebilecek alternatiflere başvurulması; ancak bu olanaklarda neticesiz kaldığı anda en son çare olarak iş sözleşmesinin feshine başvurulması beklenilmektedir.

Her ne kadar Türk İş Hukukunda feshin son çare olma ilkesi kanunda açıkça ifade edilmiş olmasa da - 158 sayılı ILO Sözleşmesi yanında - hem Medeni Kanunu’nun 2. maddesi gereğince hem de İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca işveren fesih yoluna başvurmadan önce, işçinin işyerindeki istihdamının sürdürülmesi için her türlü yola başvurulmalıdır, örneğin işçiyi eğitim programlarına tabi tutarak başka bölüme almak; ücretsiz izin; kısa çalışma veya fazla çalışmaların kaldırılması gibi vs.<sup>296</sup> Bu bağlamda işverenden sadece - *işletmenin yararını gözeterek ve haklı olarak kullanmak zorunda olduğu karar verme özgürlüğü*” kapsamında “*işletmenin amacını göz ardı etmeyen ve bu amaca ulaşmak için fesih*”<sup>297</sup> ile aynı ölçüde elverişli olan önlemleri alabileceği beklenebilir olması gerekir.

Yargıtay içtihatlarında da bu yönde bir yaklaşım görülmektedir<sup>298</sup>; “(...)Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu **feshin kaçınılmaz olup olmadığı** (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı

<sup>295</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1001-1002; Kara, 49.

<sup>296</sup> Manav, 113.

<sup>297</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1001-1002; Kara, 51.

<sup>298</sup> Kazancı: Yargıtay 22. HD. 25.5.2015, 2015/13379 E.; 2015/18379 K.; 4.3.2015, 2015/4603 E., 2015/8951 K.; 26.1.2015, 2014/36543 E., 2015/1132 K.; 22.1.2015, 2014/34578 E., 2015/802 K.; 8.12.2014, 2014/32678 E.; Yargıtay 7. HD. 28.1.2015/, 2014/17005 E., 2015/771 K.; 10.9.2014, 2014/10207 E., 2014/16604 K.; 28.5.2014, 2014/6546, 2014/11548; 9. HD. 26.1.2015, 2014/34091 E. 2015/2067 K.; 5.5.2014, 2014/9939 E., 2014/14425 K.; 13.2.2014, 2013/9591 E., 2014/4491 K.

ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.”

#### b) Fesihden Önce Başvurulabilecek Önlemler

İşveren, fesihden önce, işçiyi başka bir işte çalıştırmak veya yeni bir işe geçişini eğitim programları ile uyumlu hale getirmek ve ancak bu yöntemlerin neticesiz kalması halinde feshi son çare olarak düşünmek zorundadır; örneğin fazla çalışmalarının kaldırılması gibi.<sup>299</sup> Burada sadece işine son verilecek işçinin çalışmış olduğu bölümdeki fazla çalışmalarının kaldırılması gerekir; büyük çaplı işyerlerinde ise ayrıca diğer bölümlerde de fazla çalışmalarının kaldırılması işverenden beklenemez.<sup>300</sup> Konuya ilişkin Yargıtay<sup>301</sup> “*İşletmesel kararlarla varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması*” gerektiğini ifade etmektedir. Aksi takdirde yapılan fesih geçersiz sayılabilecektir. Sonuç itibariyle, İş Kanunu’nun 18. maddesinde açıkça belirtilmemiş de olsa, yukarıda açıklandığı üzere, söz konusu ilkenin hukuki dayanağının Medeni Kanunu’nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına ve sözleşmeye bağlılık ilkesi olması sebebiyle, gözetilmesi zorunlu olan bir ilkedir.

#### C. Alman İş Hukukuna Göre İşyerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebepleri (Betriebsbedingte Kündigung)

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasında işçiden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinin – işçinin yetersizliği veya davranışından kaynaklı olanlar – yanında birde işyerinden kaynaklanan sebepleri – sosyal açıdan –fesih için geçerli bir neden olarak sayılmıştır (dringende betriebliche Erfordernisse). İşletmeden kaynaklanan fesih sebeplerinin - iş güvencesi kapsamında – somut kriterlere dayalı olarak (Par. 1/3 KSchG) hüküm altına alınmasıyla aslında işyerindeki iş sözleşmelerinin devamlılığı güvence altına alınmıştır. Nitekim işletmeden kaynaklanan sebeplere dayalı olarak - sosyal açıdan kabul edilebilir - fesih yoluna başvurulduğunda, işçi herhangi bir tazminat – bazı istisnalar

<sup>299</sup> Manav, 113, Süzek, 622; Arbeitszeit-(Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 123 Massenänderungskündigung Rn. 8 - 15, beck-online)

<sup>300</sup> Süzek, 622.

<sup>301</sup> Kazancı: Yargıtay 7. HD 8.10.2015, 2015/14977 E., 2015/18528 K.

dışında<sup>302</sup> – talebinde bulunmadan işini kaybedebilir ve üstelik yapılan feshe ilişkin hiçbir sebebiyet vermiş olmamasına rağmen.<sup>303</sup>

İşveren anayasal güvence altına alınmış olan işletmesel kararlar alma özgürlüğüne sahiptir (Unternehmensfreiheit).<sup>304</sup> Nitekim, işverenden her bir iş sözleşmesine sınırsızca bağlı kalması beklenemez. Bu anlamda, işyerindeki iş sözleşmelerini güvence altına alarak işletme gereklerine dayılı fesihleri geçerli saymamak veya aşırı derecede zorlandırmak anayasal güvence altına alınan işverenin çalışma özgürlüğüne aykırıdır (Art. 12 GG). Alman Federal Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrası gereğince işverenin işletme özgürlüğü hem işyerini kurma hem de işyerini yürütmeyi kapsamaktadır.<sup>305</sup> Burada kanun yoluyla orantısız bir şekilde<sup>306</sup> müdahale etmeye çalışılması işverenin işletme özgürlüğü hakkına aykırı olacaktır. Bundan dolayı işveren her zaman işletmesel karar olarak işyerinde farklı yöntemlere başvurabilecek ve hatta iş gücünü azaltma yoluna gidebilecektir.<sup>307</sup> Ancak işverenin işletme özgürlüğüne maddi anlamda Alman Feshe Koruma Kanunu'nda belirlenmiş olan orantılılık ilkesi ile sınırlamalar getirilmiştir.<sup>308</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda işletmesel karar doğrultusunda iş gücünü azaltma yoluna gidip bir veya daha fazla işçinin işine son vermeyi istemek öncelikle orantılılık ilkesine<sup>309</sup> ve feshin son çare olması ilkesinin<sup>310</sup> engeline takılmaktadır. Burada da işveren öncelikle alternatif yollara başvurup işçinin istihdamının devamını sağlamaya çalışmak zorundadır (Par. 1/ 2, S.1 KSchG).<sup>311</sup> Ancak bu çabaların sonuç vermemesi halinde işveren Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin, 3. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca “*Acil işyeri gerekçelerine dayalı fesih*”<sup>312</sup> yoluna başvurabilir.

---

<sup>302</sup> Entstehen des Anspruchs (ErfK/Oetker KSchG § 1a Rn. 7-17, beck-online); Nach § 1a KSchG kann der AN eine Abfindung verlangen, wenn (1) der AG wegen dringender betrieblicher Erfordernisse kündigt, (2) der AN bis zum Ablauf der Klagfrist keine Kündigungsschutzklage erhebt und (3) der AG den AN in der Kündigungserklärung darauf hinweist, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt wird (betriebsbedingte Kündigung) und der AN bei Verstreichenlassen der Klagfrist die Abfindung beanspruchen kann.-(Schaub, Arbeitsrecht A-Z, Abfindung, beck-online).

<sup>303</sup> Betriebsbedingte Kündigung (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 443a-443d, beck-online)

<sup>304</sup> Unternehmerische Entscheidung-(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 342-352, beck-online)

<sup>305</sup> Verfassungsrechtliche Grundlage-(APS/Dörner/Vossen KSchG § 1 Rn. 2, beck-online)

<sup>306</sup> Verhältnismäßigkeit-(ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 74-77, beck-online)

<sup>307</sup> v. Hoyningen-Huene/Linck, 714.

<sup>308</sup> BVerfG 11. 6. 1958 E 7, 377, 405 ff. = NJW 1958,1035; ErfK/Dieterich/Schmidt Art. 12 GG Rn. 26 f

<sup>309</sup> Grundsätze-(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 558-560, beck-online).

<sup>310</sup> Ultima ratio - Verhältnismäßigkeit (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 74-77, beck-online).

<sup>311</sup> Verhältnismäßigkeit-(Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 134. Betriebsbedingte Kündigung Rn. 16, beck-online)

<sup>312</sup> Dringende betriebliche Erfordernisse nach § 1 II 1-(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 455, beck-online)

Alman İş Hukukunda öncelikle “Fesih yoluna başvurmaksızın işletmesel kararı hayata geçirme<sup>313</sup> ihtimalinin bulunup bulunmadığına” bakılmaktadır.<sup>314</sup>

#### 1. Acil İşletmesel İhtiyaç (“Dringende betriebliche Erfordernisse”)

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca salt işletmesel ihtiyacın bulunması yeterli olmayıp ayrıca “acil” olması gerekmektedir.<sup>315</sup> Alman Mahkemeleri işletme ihtiyacının acil olması yanında, işverenin feshi önleyecek başkaca alternatif yöntemlere (organizasyon, teknolojik vs.)<sup>316</sup> başvurup başvurmadığına bakmaktadır. Bu bağlamda acil işletmesel ihtiyacına dayalı yapılan fesihlerde, işletmenin içinde bulunmuş olduğu durumdan dolayı kaçınılmaz (unvermeidbar)<sup>317</sup> olması gerekmektedir. Ancak bu şartların uygulandığı halde işveren için fesih kaçınılmaz ise işletmesel karar doğrultusunda, işyerinin iç organizasyonundan kaynaklanan sebepler veya işyeri dışından kaynaklanan ekonomik, teknolojik sebeplerle vs., acil<sup>318</sup> olarak değişikliğe giderek bir veya daha fazla işçinin işine son verilebilme hakkı bulunmaktadır.<sup>319</sup>

#### a) İşletmesel Karar

İşveren işletmesinin ekonomik ve ticari riskini taşıması sebebiyle, yeni işletme politikaları uygulama yöntemine özgürce gidebilecektir.<sup>320</sup> Daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere bu tür işletmesel karar alma özgürlüğü anayasal güvence altına alınmıştır (Art. 12, 14 GG).<sup>321</sup>

<sup>313</sup> Gestaltende und umsetzende Unternehmerentscheidungen.(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 461-462, beck-online)

<sup>314</sup> v. Hoyningen-Huene/Linck, 714; Ultima-Ratio-Prinzip-(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 66-73, beck-online)

<sup>315</sup> Dringlichkeit der betriebl. Erfordernisse (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 234-238, beck-online).

<sup>316</sup> BAG 23.2.2012 NZA 2012, 852 Rn. 22; 23.7.2012 NZA 2012, 852 Rn. 22; HHL/**Krause** Rn. 758, 762 ff.).

<sup>317</sup> BAG 21.4.2005 NZA 2005, 1289, 1291.

<sup>318</sup> Die Dringlichkeit bezieht sich auf die betriebl. Erfordernisse-(ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 234-238, beck-online); Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.1978 - 2 AZR 155/77-zitiert nach Juris).

(ArbG Köln, Urteil vom 01.12.2015 - Aktenzeichen 14 Ca 1945/14, BeckRS 2015, 73465, beck-online)

<sup>319</sup> BAG, 17. Juni 1999 – 2 AZR 456/98 – BAGE 92, 79: im Sinne von Par. 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen wie z. B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z. B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen dringend sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen.

<sup>320</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, 356: Buna karşılık, işveren ne kadar ve nasıl üretim yapmak istediği; piyasaya süreceği ürünlerde çeşit yönünden artırma gidip gitmeyeceği veya sınırlandırmaya gidip gitmeyeceği; hangi reklam, finansman, satın alma satma politikasını izleyeceği; hangi fabrikasyon veya çalışma metodunu uygulayacağı hususlarında geniş ölçüde özgürdür.

<sup>321</sup> Unternehmerentscheidung(ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 239-241, beck-online)

Nitekim, Alman İş Mahkemeler işverenin bu tür işletmesel kararını, amaca uygunluk, gereklilik ve yerindelik denetimine tâbi tutamazlar.<sup>322</sup>

Yukarıda Türk Mahkemelerinin de uyguladığı gibi, Alman İş Mahkemesi böyle bir işletmesel kararı ancak kötüye kullanma<sup>323</sup> veya keyfilik yönünden inceler ve sadece bu kapsamda kontrol yetkisine sahiptir.<sup>324</sup> Hakkın kötüye kullanılması istisna teşkil ettiğinden, işe iade davasında hakkın kötüye kullanılması sonucuna götürecek vakıaların ortaya konulması ve ispatı işçiye aittir.<sup>325</sup> Nesnel ve akla uygun olmayan, keyfi olan ve hakkın kötüye kullanımı teşkil eden,<sup>326</sup> işletme gereklerine dayalı fesihler, işe iade nedenidir.<sup>327</sup>

Netice itibariyle Alman İş Mahkemelerinde işletmesel sebeplere dayalı fesihlerde açılan davalarda çoğunlukla davalı işverenin aleyhine sonuçlanmaktadır.<sup>328</sup>

#### b) İşletme iç ve dış sebepleri

Federal Alman İş Mahkemesinin 1978 yılında geliştirmiş olduğu ve genel kabul görülen işletme içi ve işletme dışı sebepler ayrımı işletmesel planın/projenin hayata geçirilmesiyle istihdam fazlalığının oluştuğunu anlaşılır hale getirmektedir. Her ne kadar işyeri içi ve işyeri dışı sebepler ayrımı kanunda belirtilmiş olmasa da; işyerinden kaynaklanan fesih davalarında bu tür ayırım yapılarak daha sistematik hale gelmektedir.<sup>329</sup> Bu bağlamda işyeri içi nedenler, alınan işletmesel karara dayanan ve işyerindeki her türlü teknolojik, organizasyon veya ekonomik alanda yapılan işletmesel yenilik sonucunda ortaya çıkan istihdam fazlalığını ortaya çıkarmasıdır; örneğin rasyonelleştirmeye gidilmesi, çalışma ve üretim metotlarının değiştirilmesi, işletmenin küçültülmesi yoluna gidilmesi veya tamamen kaldırılması gibi,

---

<sup>322</sup> Ursachen der unternehmerischen Entscheidung-(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 353-357, beck-online)

<sup>323</sup> Keine Missbräuchlichkeit der Entscheidung(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 358-366, beck-online)

<sup>324</sup> Außerdem darf die unternehmerische Entscheidung weder offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sein-(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 358-366, beck-online); Gerichtl. Missbrauchskontrolle-(ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 239-241, beck-online).

<sup>325</sup> Da Rechtsmissbrauch die Ausnahme ist, hat im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich der Arbeitnehmer die hierzu führenden Umstände darzulegen und sie im Streitfall zu beweisen .(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 463-467, beck-online); Wiedereinstellungsanspruch-(NZA 2000, 1097, beck-online)

<sup>326</sup> Unvernünftige oder willkürliche Entscheidung (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 358-366, beck-online)

<sup>327</sup> Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung-(NZA 1997, 757, beck-online); Unternehmerische Entscheidung bei betriebsbedingter Kündigung-(NJW 2015, 508, beck-online); Rechtsmissbrauchskontrolle(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 467a-471, beck-online)

<sup>328</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 2167-2169; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1780.

<sup>329</sup> Innerbetriebliche und außerbetriebliche Ursachen-(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 473-476, beck-online); Engin, 36 vd.

taşeron şirketlere işlerin bir bölümünü devredilmesi gibi vs.<sup>330</sup> Böyle bir işyeri içi sebebine dayalı olarak alınan işletmesel karar ile bir veya daha fazla işçinin işine son verilme ihtiyacı ortaya çıkabilir. Mahkemenin bu gibi durumlarda, sadece işletmesel kararın bulunup bulunmadığına ve bu kararı hayata geçirmek ile bazı işçilerin çalışma alanlarının ortadan kalkıp kalkmadığını inceler.<sup>331</sup> Bunun yanı sıra yargıç, işletmesel kararının hakkın kötüye kullanılarak alınıp alınmadığına dair kısmı olarak inceler (eingeschränkten Rechtsmissbrauchskontrolle).<sup>332</sup>

İşyeri dışı nedenleri ise işverenden kaynaklanmayan ve istem dışı - dış etkenli – olarak ortaya çıkan ve işyerini etkileyen siparişlerde gerileme, sürüm ve satış olanaklarının azalması, hammadde sıkıntısı yaşanması, ekonomik kriz piyasa durgunluğu gibi nedenlerdir.<sup>333</sup> Ancak burada işsizlik politikası, istihdam sosyal politikalarına dayalı konuları dahil değildir. Örneğin işveren kısmi çalışmayı kaldırarak İşsizlik kurumundan – devlet destekli – işsiz kişileri tam gün çalıştırması gibi. Bu durumlarda acil işletmesel ihtiyaca dayalı fesih geçerli sayılmayacaktır.<sup>334</sup>

## 2. Sosyal Seçim Kriterleri

Acil işletmesel ihtiyaç sebebine dayandırılan fesih tek başına geçerli değildir. Burada ayrıca yapılan feshin sosyal açıdan da hukuken kabul edilebilir olması gerekmektedir<sup>335</sup>. Zira Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin 3. fıkrasının, 1. cümlesine göre;

*Bu maddenin 2. fıkrasına uygun olarak acil işletmesel ihtiyaca dayalı olarak bir işçinin işine son verilmiş ve fakat işveren işçi seçiminde söz konusu işçiler arasında kıdemi, yaşı, nafaka sorumluluğunu/bakım yükümlülüğünü ve sakatlık durumlarını gözetmemiş veya yetersiz gözetmiş ise, fesih yine sosyal açıdan adaletsiz/haksız sayılacaktır.*

Söz konusu sosyal kıyaslamada, işçilerin kıdemi, yaşları, bakım yükümlülükleri ve sakatlık/ağır engellilik durumlarının göz önünde bulundurulması zorunludur.<sup>336</sup>

---

<sup>330</sup> Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 473-476, beck-online)

<sup>331</sup> BAG 27. 9. 2001 NZA 2002, 1277.

<sup>332</sup> Beschränkung des Kontrollrahmens-(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 463-467, beck-online)

<sup>333</sup> Außerbetrieblichen Ursachen(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 473-476, beck-online); Engin, 36.

<sup>334</sup> Kein dringendes betriebliches Erfordernis-(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 473-476, beck-online)

<sup>335</sup> Soziale Auswahl(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 396-398, beck-online); (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 299-308, beck-online)

Böylelikle, kıdemli, yaşlı, geniş ailesi olan ve/veya özürlü olan işçilerin işten çıkarılmaları engellenmeye çalışılmaktadır. İşveren bu kriterleri göz önünde bulundurmamış veya yetersiz bulundurmuş ise, yanlış sosyal kıyaslamasına dayandırarak çıkarmış olduğu işçiye karşı beyan ettiği fesih geçersiz hale getirecektir (sozialwidrig).<sup>337</sup>

Bilgileri, becerileri ve verimlilik açısından işletme için vazgeçilmez olan işçiler bu sosyal seçime dahil edilmeyebilir (Par. 1/3 S. 2 KSchG). Bu kıyaslamanın doğru bir şekilde yapıp yapılmadığı, gerektiğinde mahkeme tarafından incelenebilir.<sup>338</sup>

İşveren bu maddeye göre, ayrıca işçinin talebi üzerine hangi sebeplerden dolayı ve sosyal seçimi neye dayandırıldığını ve sonuçta kararının somut işçiye düştüğünü açıklamak zorundadır (Par. 1/3 S. 1 KSchG). İşverenin bu cevabı tatmin edici olmaması halinde, işçi hukuki yola başvurabilecektir. Öncelikli olarak işçi dava açarken mahkemeye ortada sosyal kriterlere aykırı bir fesih söz konusu olduğunu kanıtlamak zorundadır. Örneğin işine son verilen kıdemli, yaşlı, geniş ailesi olan ve/veya özürlü işçi, sözleşmesinin feshine karşı dava açarak, kendisinden daha kıdemsiz, genç, bekar, çocuksuz ve/veya sağlıklı olan bir işçinin çıkarılması gerektiğini ifade ederek, işe iadesini talep edebilir.<sup>339</sup> Konuya ilişkin aşağıda daha detaylı açıklamalarda bulunacağız.

Bir işçi işyerinin değişikliğe gitmiş olması nedeniyle işine son verilmesini ileri sürülmüş olduğunu fakat gerçeğe dayanmadığını ve halen yaptığı işine ihtiyaç olduğunu veya işverence işinin başka bir bölüme taşındığını kanıtlamak zorundadır.<sup>340</sup>

### 3. Haksız İşten Çıkarılmaya Karşı Açılan Davalarda Açıklama Ve İspat Yükü

İşveren tarafından sosyal seçimin uygulanmasının zorunlu olduğu hallerde, işveren “*İşçi seçim kriterlerine uyulmadığını veya yanlış uygulandığını tavzih ve ispat etmek*

---

<sup>336</sup> Zwingendes Recht (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 463-466, beck-online); Auswahl(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 460-461, beck-online)

<sup>337</sup> v. Hoyningen-Huene/Linck, 715; (ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 329-330, beck-online)

<sup>338</sup> Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer nach § 1 III 2.(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 747, beck-online)

<sup>339</sup> BAG 2013- Az. 2 AZR 271/12 Nach Par. 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse iSd. Abs. 2 der Bestimmung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer von dessen Betriebszugehörigkeit, dessen Lebensalter, mögliche Unterhaltspflichten und ggf. eine Schwerbehinderung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat

<sup>340</sup> BAG 2011 -Az. 2 AZR 42/10; Der Arbeitgeber muss die Tatsachen, welche die betrieblichen Interessen iSd. § 1 III 2 KSchG berechtigen sollen, im Kündigungsschutzprozess darlegen und beweisen.(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 761-763, beck-online)

zorundadır.”<sup>341</sup> İşveren işçinin talebi üzerine sosyal seçim ölçütlerini hangi kriterlere dayandırarak yaptığını ve niçin kendisini – yani talepte bulunan işçiyi - seçtiğini gerekçelendirerek açıklamak zorundadır. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin, 1. fıkrasının sonunda *”İşçinin talebi üzere işveren işçiyeye, sosyal seçim kararının sebeplerini bildirmek zorundadır”* aksi takdirde işçiyeye yüklenen izah ve ispat yükü işverene yükletilmektedir (“Beweislastumkehr”).<sup>342</sup>

Burada ilk olarak - dava dilekçesinde - işçi yapılan sosyal seçime itiraz ederek, işverenin yapmış olduğu feshin sosyal açıdan haksız olduğunu soyut bir biçimde ileri sürmesi yeterli olacaktır (“Pauschal”). İşveren ise karşı ispat yoluyla hangi karşılaştırılabilir işçileri hangi kriterlere dayanarak gruplandırıldığını ve sosyal seçim kriterlerini (yaş, kıdem, bakım yükümlülüğü vs.) nasıl uyguladığına ilişkin açıklamak zorundadır.<sup>343</sup>

Bu bağlamda hakim davayı aydınlatmak amacıyla, işverenin yapmış olduğu seçime ilişkin - sübjektif veya objektif nedenlere dayandırılıp dayandırılmadığına dair - delil göstermesini isteyebilir.<sup>344</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin, 3. fıkrasının, 3. cümlesinde işverence yapılan fesihlerde 1. maddesinin, 3. fıkrasının, 1. cümlesine göre öngörülen sosyal seçim ölçütüne uyulmadığının veya feshin sosyal açıdan haksız olduğunun ispatı öncelikle işçiyeye yüklenmiştir.

Ne var ki, Feshe Karşı Koruma Kanununun 1. maddesinin, 3. fıkrasının, 3. cümlesinde ispat yükümünün her durumda işçiyeye ait olduğu biçiminde bir anlam çıkarılmayacağı yönündedir. İspat yükümünün dağılımı ile ilgili sorunları, işverenin işçiyeye sosyal seçim hakkında bilgilendirme zorunluluğunu yerine getirip getirmediğine dayalı olarak ele alınması daha uygun olacaktır.<sup>345</sup>

Böyle bir yaklaşımla, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin, 3. fıkrasının 1. cümlesinin sonunda işverenin işçiyeye sosyal seçim konusunda bilgi vermekle yükümlü olduğu,

---

<sup>341</sup>BAG-Az. 2 AZR 271/12Die Darlegungs- und Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl trägt gem. Par. 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG der Arbeitnehmer.

<sup>342</sup> BAG 24.3.1983, 21.12.1983 EzA madde 1 KSchG.

<sup>343</sup> BAG 21.7.1988 EzA Par. 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 26.

<sup>344</sup> 6100 s. HMK 31. madde.

<sup>345</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1770-1772.



yani işveren işçinin talebi üzerine kendisini etkileyen sosyal seçimin hangi kriterlere dayanılarak ve ne şekilde yapıldığı hususunda bilgi vermek zorundadır (Auskunftspflicht).

İşveren işçiye sosyal seçimle ilgili şu bilgileri vermek zorundadır: Karşılaştırılabilir işçilerin kıdemi, yaşı, bakım yükümlülüğü, sakatlık durumları ve bu sosyal ölçütlerin kendi aralarında ne şekilde ilişkilendirildiği. Ayrıca işveren Kanunu'nun fesihden ayrı tutmuş olduğu başarılı işçileri sosyal seçime dahil etmemesinin sebebini de belirtmek zorundadır. Fakat bunlar feshin bir geçerlilik şartı olmayıp, dava esnasında ispat yükünün dağılımını izah etmek açısından önem arz etmektedir (Abgestufte Darlegungslast).<sup>346</sup>

Bu doğrultuda, sosyal seçimle ilgili ispat yükünün dağılımı şu şekilde olacaktır; öncelikle işçi işverence yapılan sosyal seçimin hatalı olduğunu ileri sürerek tüm lehte olan vakıaları ortaya koymalıdır.<sup>347</sup> İşveren sözleşmenin feshi aşamasında bilgilendirme yükümlülüğüne uygun hareket etmişse, ispat yükü tamamen işçiye yüklenilmektedir. İş sözleşmesi feshedilmeyen karşılaştırılabilir işçilerin sayısını, isimlerini ve onlarla ilgili tüm verileri bilmekte olan davacı işçinin, diğer işçilerin büyük çoğunluluğunun yaşları ve kıdemleri nedeniyle kendisinden daha az korunmaya değer olduklarının salt ileri sürmesi, ispat için yeterli sayılmamaktadır. Zira *“Davacı işçinin iş sözleşmesi devam eden diğer karşılaştırılabilir işçilere dair elinde bulunan bilgilere/verilere dayandırarak niçin kendisinden daha az sosyal korumaya muhtaç olduklarını kanıtlaması icap eder.”*<sup>348</sup>

Sosyal seçimin hatalı olduğunu kanıtlayabilecek kadar elinde bilgi bulunmayan işçinin ise dava sırasında mahkemece işverenden bilgi toplanmasını talep edebilir.<sup>349</sup> Burada işverenin iş sözleşmesi devam eden karşılaştırılabilir işçilerle ilgili bilgileri ibraz etmesi yeterlidir. İşveren bu verileri hiç veya gerektiği gibi ibraz etmemesi halinde, işçi ispat yükünden tamamen kurtulmuş sayılacaktır.<sup>350</sup>

---

<sup>346</sup> v. Hoyningen-Huene / Linck, 392.

<sup>347</sup> Benzeri düzenleme **6100 s. HMK “İspat yükü”: 190. m.** İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.

<sup>348</sup> v. Hoyningen-Huene/ Linck, 395-400; Güzel-Ertan, 1243.

<sup>349</sup> Benzeri düzenleme **6100 s. HMK „Hâkimin davayı aydınlatma ödevi“ 31. m.:** Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

<sup>350</sup> v. Hoyningen-Huene/ Linck, 395-400.

Davanın görülmesi sırasında susan veya iddiaların aksini kanıtlamayan işveren kanun tarafından öngörülmüş olan sosyal ölçütleri yeterince göz önünde bulundurmadiğundan, yapılan feshin geçersizliğine karar verilecektir.<sup>351</sup>

İşverenin davanın görülmesi sırasında işçiye gerekli bilgileri vermiş olması halinde, ispat yükümü tekrar işçiye geçer. Bu takdirde ispat yükümü kendisine geçen işçi, iş sözleşmesi feshedilmeyen diğer işçilerin neden daha az korunmaya gereksinim gösterdiğini ortaya koymalıdır, aksi takdirde davası reddedilir. İş sözleşmesi feshedilen işçiyle eşdeğer olan, ancak başarılı işçi olarak nitelendirilerek sosyal seçime dahil edilmeyen işçiyle ilgili bu kararın alınmasında ne gibi bir haklı işyeri çıkarı bulunduğu ise işveren tarafından kanıtlanmak zorundadır.<sup>352</sup>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### “TÜRK VE ALMAN İŞ HUKUKUNA GÖRE SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ”

#### I. SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ

##### A. Türk İş Hukuku Açısından Genel Olarak Sosyal Seçim Ölçütleri

İşletme gereklerine dayalı yapılan fesihlerde çoğu zaman, birden fazla işçinin işyerindeki iş pozisyonunu etkilemektedir. Birden fazla işçiyi işletmesel gereklilikler sebebiyle işten çıkarma durumunda kalan işverenin bu işçileri nasıl tespit etmesi gerektiği öğretisi ve yargı kararlarında farklı yorumlara yol açmaktadır. Ayrıca burada işverenin işten çıkartılacak işçi/işçileri seçme hakkı olup olmadığı, bu hakkı nasıl kullanması gerektiği de değerlendirilmelidir. Sosyal seçim ölçütleri yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz işletme gerekleri ile fesih söz konusu olduğu takdirde başvurulacak yöntemlerdendir. Diğer fesih sebeplerinde ise bu kriterlere başvurulması gerekmeyip, zaten işçinin kişiliğinden kaynaklanan haller söz konusu olmaktadır.

<sup>351</sup> BAG 5.5.1994, 2 AZR 917/93, EzA 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 27, Nr. 31; 18.1.2007, 2 AZR 796/O06; benzeri durum 6100 s. HMK m.

<sup>352</sup> v.Hoyningen-Huene/ Linck, 395-400; Güzel-Ertan, 1243; *Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesine ilişkin HMK m. 194-* (1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. (2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.

İşverenden, işyerinde çalışan işçiler arasında seçim yaparken eşit davranma borcuna uygun bir seçim yapması beklenemez.<sup>353</sup> Daha sonra geniş bir biçimde ele alacağımız üzere, Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda düzenlenmiş ve Alman İş Mahkemeleri nezdinde yerleşmiş olan “*Sosyal Seçim Ölçütleri*”ne uygun işletme gereklerine dayalı fesihlerde, sosyal olarak güçsüz konumda olanın korunması amaçlanarak açık bir biçimde işverene, işten çıkarılacak işçileri belirli ölçütlere dayanarak seçim yapma zorunluluğu getirilmiştir. Burada sosyal seçimi, “*İşletme gerekleri nedeniyle ortaya çıkacak soyut işçi fazlalığını, iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlemek suretiyle somutlaştıracak araç*”<sup>354</sup> olarak görmek gerekir.

Türk İş Hukukunda “*sosyal seçim ölçütlerine*” ilişkin ne yasal bir düzenleme, ne de İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesinde bir ibare bulunmaktadır. Böylece, işletme gereklerine dayalı fesihlerde işverenin sosyal ölçütleri gözetmeksizin her hangi bir işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi durumuna, iş güvencesi kapsamında hiçbir kısıtlama veya yükümlülük getirilmemektedir.

Ancak *Yargıtay*, - yasal bir dayanak bulunmasa da - Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndaki (Par. 1/3 KSchG) düzenlemeye benzer “*Sosyal Seçim Ölçütleri*” adı altında bazı esaslara bir dönem kararlarında yer vermiştir. Daha sonra bazı kararlarını detaylı bir şekilde ele alacağımız üzere, yüksek mahkeme bu dönemde işten çıkarılacak işçilerin seçiminde, “*İşçiler arasında karşılaştırma yapılması, verimlilik, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak kıstasın diğer bir ifadeyle sosyal seçim ölçütlerinin göz önünde tutulması gerektiğini*” hükme bağlamıştı.<sup>355</sup>

## B. Alman İş Hukuku Uygulaması

### 1. Genel Olarak

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun (Kündigungsschutzgesetz) asıl amacı işverence yapılan fesihlerin keyfi olmasını önlemek ve iş sözleşmelerini bir nevi garanti altına alıp

---

<sup>353</sup>Centel, 115. Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil I, 2, Haziran 2006, 63 vd.

<sup>354</sup>Centel, 115.

<sup>355</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 15.5.2006, 2006/10807 E., 2006/13509 K.; 1.5.2006, 2006/4745 E., 2006/12211 K.; 3.4.2006, 2006/4878 E., 2006/8253 K.; 6.3.2006, 2006/1999 E., 2006/5479 K.

mevcudiyetinin korumasını sağlamaktır (Bestandsschutz).<sup>356</sup> Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesiyle işverenin feshi hakkını önemli ölçüde kısıtlanmaya çalışılmaktadır. Zira iş güvencesi kapsamında yapılan olağan fesihler<sup>357</sup> ancak aynı maddenin 2. fıkrasındaki (istisna Par. 9,10 KSchG) şartların varlığı halinde geçerli sayılacaklardır. Alman Feshe Karşı Koruma Kanununun asıl amacı istihdamın devamlılığını sağlamaktır ve ayrıca kıdem tazminatı kanunu da değildir.<sup>358</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin, 1. fıkrasına göre: *“Bir işçi altı ay boyunca aralıksız olarak aynı işveren yanında, işyerinde veya ticari işletmesinde çalışmış bulunmuş ve daha sonra iş sözleşmesi sosyal haksız olarak feshedilmiş ise, işverence yapılmış olan fesih hukuken geçersiz sayılır.”*<sup>359</sup>

Sosyal açıdan haksızlık ise Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin, 2. fıkrasının, 1. cümlesine göre, *“Sürelili (bildirimli) fesihlerde, işçinin yetersizliğinden, davranışlarından veya işletmeden doğan sebepler bulunmaksızın işverence yapılmış olan fesihlerin, sosyal yönden haksız olarak yapılmış sayılır.”*<sup>360</sup> Burada sayılan haller yukarıda ayrıntılı olarak değerlendirdiğimiz üzere fesih için geçerli neden olarak kabul edilen, işçiden veya işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. Daha önce de belirtildiği üzere, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedebilmesi için, işveren, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler (“Personenbedingte Gründe”)<sup>361</sup>, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler (“Verhaltensbedingte Gründe”)<sup>362</sup> ve işyeri/işletme (“Betriebsbedingte Gründe”)<sup>363</sup> tarafından kaynaklanan sebeplerden dolayı böyle bir yola başvurduğunu ileri sürmek zorundadır.

İş güvencesi kapsamında bir işçinin iş sözleşmesine Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1/2. maddesinde belirtilenlerden başka sebeplere dayandırılarak son verilemez. Ayrıca

---

<sup>356</sup>Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 447-448, beck-online); Bestandsschutz (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 443a-443d, beck-online).

<sup>357</sup> Ordentliche Beendigungskündigung (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 51-53, beck-online)

<sup>358</sup> BAG 5. 11. 1964 AP KSchG § 7 Nr. 20 = NJW 1965, 787; 23. 2. 2010 AP KSchG 1969 § 9 Nr. 61 = NZA 2010, 1123; v. Hoyningen-Huene/Linck Rn. 1 ff.; KDZ/Deinert KSchG Rn. 3; krit. Rühle DB 1991, 1378 ff

<sup>359</sup> İş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarına ilişkin olarak bkz. 44 vd.

<sup>360</sup> Par. 1/f. 2 (KSchG): *Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist(...).*

<sup>361</sup> İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler için 2. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>362</sup> İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler için 2. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>363</sup> İşletmeden kaynaklanan sebepler için 2. bölümün 3. kısmına bkz.

belirtilen sebeplerden birden fazlasına fesih dayandırılmaz.<sup>364</sup> Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu emredici hüküm niteliktedir ve ayrıca işçi aleyhine değiştirilemez (Abschliessende Regelung).<sup>365</sup>

Alman Feshe Karşı Kanunu'nun 1. maddesinin, 3. fıkrasının, 1. cümlesi bir önceki fıkraya atıfta bulunarak sosyal kriterleri<sup>366</sup> sıralamaktadır (Par. 1/2):“*İşletme gerekleri ile iş sözleşmesi feshedilirken, iş sözleşmeleri feshedilecek işçiler arasında seçim yaparken işveren, işçinin kıdemini, yaşını, bakım yükümlülüklerini ve sakatlık/ağır engelliliklerini göz önünde bulundurmaz veya yetersiz bulundurur ise, ya da işçinin beyan edilen isteğini sosyal seçimde dikkate almazsa sosyal haksızlık söz konusu olacaktır.*”

İşletme gereklerine dayalı olarak iş güvencesi kapsamına giren birden fazla işçi arasından fesih için belirlenen kriterler arasına giren işçiler arasında bir veya daha fazla işçinin işine son vermek gerekiyorsa, işveren yapacağı seçiminde sosyal kriterleri göz önünde bulundurmak zorundadır. Bunun için Kanun üç farklı usul önerisinde bulunuyor. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin, 3. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca işveren kanunda açıkça sayılan bu dört kriterleri göz önünde bulunduracak ve sosyal açıdan bu kapsama giren işçileri sosyal seçimden çıkaracaktır (Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung des Arbeitnehmers). Toplu iş sözleşmelerinde ise puanlama sistemine göre isim listeleri oluşturulur ve böylece sosyal seçimden ayrı tutulacak işçiler belirlenir.<sup>367</sup> Nitekim sosyal seçimde bulunma şartı sadece işletme gereklerine dayalı yapılan fesihlerde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

## 2. Sosyal Seçime Başvuru İhtiyacı ve Sosyal Seçimin İşlevi

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre, iş sözleşmesi acil işyeri gerekleri nedeniyle feshedildiğinde, işveren işçinin seçiminde kıdemini, yaşını, bakım yükümlülüklerini ve ağır sakat olmasını hiç veya yeteri kadar dikkate almamış ise, bu halde iş sözleşmesinin feshi

---

<sup>364</sup> Allgemeines-(ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 61-66, beck-online).

<sup>365</sup> Dornbusch/Fischer/Löwisch Par. 1 KSchG, 1713, Rn 18; Der allgemeine Kündigungsschutz ist zwingendes Recht (Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 50 - 52, beck-online); Unabdingbarkeit (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 24-27, beck-online).

<sup>366</sup> Soziale Auswahl(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 396-398, beck-online).

<sup>367</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.05.2015 - 8 Sa 401/14(LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.05.2015 - Aktenzeichen 8 Sa 401/14, BeckRS 2015, 70221, beck-online); LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 04.12.2012 - 3 Sa 320/12(LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 04.12.2012 - Aktenzeichen 3 Sa 320/12, BeckRS 2013, 66720, beck-online).

geçersiz sayılmaktadır (Par. 1 Abs.3 S.1 KSchG). Sosyal seçim olarak adlandırılan yasal kural, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin, işveren tarafından seçiminde keyfiliğin önüne geçerek ve sosyal açıdan korumaya ihtiyacı olan işçinin<sup>368</sup> işini güvence altına alarak daha çok korumayı hedefler.<sup>369</sup> Böylece, fesihle ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların hangi işçi açısından daha ağır olabileceği dikkate alınıp, en az etkileneceği umulan işçiyi tespit ederek bir denge oluşturmak çabasıdır. İşyeri gereklerine dayanarak işveren tarafından yapılan fesihlerde sosyal seçim ölçütleri hiç dikkate alınmaz veya yanlış uygulanır ise, fesih sosyal olarak haksızdır ve bundan dolayı geçersiz sayılır (Par. 1 Abs.3 S. 1 KSchG).<sup>370</sup>

Örneğin, iş güvencesi kapsamında olan bir işyerinde, işletmenin siparişlerinin sürekli azalmakta olduğunu ileri sürerek bir bölümde yedi işçi değil de, yalnız beşini istihdam etmek istemesi halinde, burada işveren, feshin işyeri nedenlerine dayandığını ispat etmelidir. Bununla birlikte işveren bu işçilerin başka bölümde de istihdam imkanı olmadığını ispat ettiği takdirde, iki işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Ancak burada, yedi işçi arasından hangilerinin işlerine - sosyal açıdan haksız da olmayacak şekilde - son verebileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Sosyal seçim ölçütleri işte bu gibi hallerde uygulama alanı bulan ölçütlerdir. Bu gibi durumların tespiti Alman İş Hukuku'nda, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun koymuş olduğu sosyal seçim ölçütlerine uygun olarak yapılmalıdır.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda sosyal seçim ölçütleri olarak adlandırılan bu kriterlerin, işverence fesih anında uygulanması zorunludur.<sup>371</sup> İşveren işlerine son verilmesini düşündüğü işçiler arasından her bir işçinin kıdemini<sup>372</sup>, yaşını<sup>373</sup>, bakım yükümlülüğünü<sup>374</sup> ve sakatlığını/engelliğini<sup>375</sup> göz önünde bulundurarak, aralarından fesihten en çok etkilenecek işçiyi belirleyip, onu fesihten muaf tutmak zorundadır. Söz konusu kriterler iş hukukunun işçiyi koruma amacı doğrultusunda ortaya çıkan kriterler olup, sosyal açıdan en güçsüz olanı

---

<sup>368</sup> Betriebsbezug der Sozialauswahl(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 665-673, beck-online)

<sup>369</sup> Allgemeines (Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 130. Voraussetzungen nach dem Kündigungsschutzgesetz Rn. 30, beck-online).

<sup>370</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1748; Dütz/Thüsing, 214; Grundsätze-(Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 135. Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung Rn. 3, beck-online).

<sup>371</sup> Grundzüge (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 654-655, beck-online).

<sup>372</sup> Dauer der Betriebszugehörigkeit(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 713-716, beck-online).

<sup>373</sup> Lebensalter(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 717-721, beck-online).

<sup>374</sup> Unterhaltspflichten(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 722-727, beck-online).

<sup>375</sup> Schwerbehinderung(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 728-731, beck-online).

koruma altına almayı, onu işine güvence altına almayı hedefleyen kriterlerdir. Bu kriterlere uyulmaksızın yapılan fesih, sosyal olarak haksızdır ve hukuken geçersiz sayılmaktadır.<sup>376</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu “*tercihini kolektif bir çözüm tarzından yana yapmıştır*”; iş sözleşmesi feshedilebilecek eşdeğer işçilerden bir grup oluşturarak bunlar arasından “*sosyal açıdan en az korunması gereken*” işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda, “*sosyal seçim, işverenin koruma yükümlülüklerinin gözetme borcunun bir uzantısı olarak değerlendirilebilir*”.<sup>377</sup>

### 3. Sosyal Seçimin Aşamaları

#### a) Genel Olarak

Alman Hukukunda sosyal seçim ilkesi uygulandığının tespiti üç aşamalı bir elemenden geçirilerek gerçekleştirilir.<sup>378</sup> Buna göre;

-İlk olarak aralarında sosyal seçim yapılacak işçilerin saptanarak bir grup oluşturulur; aralarında karşılaştırma yapılabilecek işçiler tespit edilir (=Vergleichsgruppe).<sup>379</sup>

- İkinci aşamada Kanun’da öngörülen kriterler uygulanarak hangi işçilerin sözleşmelerinin feshedileceği belirlenir (**Soziale Bedürftigkeit**).

- Sonrasında “*İşletmenin meşru (kabul edilebilir) menfaatleri nedeniyle istihdam (Anstellung) edilmesinde işverenin yararı bulunan işçilerin muaf tutulması*” (=Herausnahme bestimmter Arbeitnehmers der Sozialauswahl) ve özel nedenlerle işletme gereklerine dayalı olarak iş sözleşmesi feshedilemeyecek olan işçilerin belirlenmesi (=Abweichen von den Regeln der Sozialauswahl zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur)<sup>380</sup> gerçekleştirilir. Bu işçiler sosyal seçim grubundan istisna edilir.

<sup>376</sup> Dornbusch/Fischer/Löwisch Par. 1 KSchG, 1710, Rn 1.

<sup>377</sup> Güzel-Ertan, 1226; Allgemeines (Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 84, beck-online).

<sup>378</sup> Soziale Auswahl nach Abs. 3(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 467-467.1, beck-online); Prüfungsschema (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 761-763, beck-online);Birben, Erhan; İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları:

(<http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?recid=1444&pdf=0001443>); 8 vd.

<sup>379</sup> Vergleichbarkeit (Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 173 - 178, beck-online); Bestimmung des auswahlrelevanten Personenkreises(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 468-480, beck-online).

<sup>380</sup> Berechtigte betriebliche Bedürfnisse für eine Abweichung(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 493-497.1, beck-online).

- Son olarak bu işçilerin yerine, sıralamada ondan sonra gelen işçi belirlenerek fesih gerçekleştirilir.<sup>381</sup>

## b) Karşılaştırılabilir İşçilerin Seçimi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sosyal seçimin yer bakımından sınırı işyeridir ve karşılaştırılabilir işçilerin tespitinde işletme kavramı dikkate alınmayacaktır<sup>382</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş sözleşmelerinin feshinin yasak olduğu işçiler (işyeri sendika temsilcileri gibi vs.)<sup>383</sup> ve iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler sosyal seçim için oluşturulacak gruba dahil edilemezler.<sup>384</sup> Örneğin, belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkün olmadığından bunlar da sosyal seçim kapsamı dışında kalmaktadırlar.<sup>385</sup> Bu sebeple de, öncelikle bu işçilerin gruptan çıkarılmaları gerekir.

Karşılaştırılabilirlik konusu Alman İş Hukuku öğretisinde en yoğun tartışılan konulardan bir tanesidir. Kanun koyucunu belirlemiş olduğu sınırlar çerçevesinde sosyal seçimde bulunurken, işyeri içinde aynı ve benzeri işi yapan, birbiriyle karşılaştırılabilir işçiler ile sınırlandırılabilir. Böylece, sosyal seçime dahil edilecek işçilerin belirlenmesi objektif bir ölçüte göre yapılmaktadır. İşçilerin çalıştıkları yerler ve dolayısıyla gördükleri işler bu bağlamda belirleyici olacaktır.<sup>386</sup>

Karşılaştırılabilirlik ölçütüne göre belirleme yaparken, gruba dahil edilen işçilerin birbirlerinin yerlerini alabilir işçiler olması esas alınmalıdır. Burada öncelikle, işyeri içinden

---

<sup>381</sup>Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1763; Güzel-Ertan, 1225; Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung-(NJW 1999, 3797, beck-online); BAG, Urteil vom 22.10.2015 - 2 AZR 582/14-(BAG, Urteil vom 22.10.2015 - Aktenzeichen 2 AZR 582/14, BeckRS 2015, 73364).

<sup>382</sup> (Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 185 - 196, beck-online);(BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 468-480, beck-online).

<sup>383</sup> BAG 7.12.2006, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 88; Dazu gehören alle Arbeitnehmer, die dem Sonderkündigungsschutz unterliegen, also z. B. Betriebsratsmitglieder (§ 15 Abs. 1 KSchG), Wehrpflichtige (§ 2 Abs. 1 ArbPlSchG) und Zivildienstleistende (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG). Handelt es sich um Arbeitnehmer, zu deren Kündigung die Zustimmung einer Behörde notwendig ist, also z. B. Schwangere und Personen in Elternzeit (§§ 9 MuSchG, 18 BErzGG) sowie Schwerbehinderte (§ 85 SGB IX); Unkündbarkeit (BeckOK ArbR/Rolfs KSchG § 1 Rn. 463-466, beck-online).

<sup>384</sup> Personenkreis(Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 185 - 196, beck-online).

<sup>385</sup> Dieterich/Glöge-Müller/Preis/Schaub, 2175; Befristet beschäftigte Arbeitnehmer-(Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 185 - 196, beck-online).

<sup>386</sup>BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11-Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die objektiv miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die - bezogen auf die Merkmale des Arbeitsplatzes - sowohl aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse als auch nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind. Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1764; Birben, 9 vd.



veya işyeri dışından kaynaklanan nedenlere bağlı olarak hangi çalışma yerlerinin tamamen veya kısmen ortadan kalktığı tespit edilmelidir. Bu araştırmadan sonra yapılacak iş, işletme gereklerinden etkilenen çalışma yerlerinin tespitinden sonra, işyerinde aynı veya karşılaştırılabilir işlerin yapıldığı başka çalışma yerlerinin bulunup bulunmadığıdır.<sup>387</sup>

Karşılaştırılabilir (eşdeğer) olan işçiler, sadece birbiriyle değiştirilebilir (ikame edilebilir)<sup>388</sup> işçilerdir. Burada belirleyici unsur, çalışma yeri kısmen veya tamamen ortadan kalkmış olan işçinin, o güne kadar gördüğü iş ve sahip olduğu mesleki bilgi ve yeteneği dikkate alınarak hatta "*gerektiğinde kısa bir eğitim sonrasında*" diğer işçiler tarafından yapılan eşit değerde ancak farklı türde işleri yapmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu şartın gerçekleştiği tüm iş sahalarında çalışan işçiler sosyal seçim kapsamında yer alırlar. Bu açıdan önemli olan sınırları iş sözleşmesi tarafından çizilmiş olan, işverenin direktif hakkı çerçevesinde işçiyi başka bir işte istihdam edebilme olanağının bulunup bulunmamasıdır.<sup>389</sup> Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu açıdan sınır işyeri olduğundan sosyal seçime dahil edilecek işçiler belirlenirken başka şekilde çalıştırmadan farklı olarak işletmenin diğer işyerlerinde çalışan işçilerin veya işyerine ait diğer işletmelerde çalışan işçilerin de dikkate alınması söz konusu değildir.<sup>390</sup>

Ayrıca iş sözleşmesinde tarafların belirli bir koşula dayanarak ihtiyaç durumunda işçiyi başka iş alanına da nakledilebilme/atayabilme yetkisi (=Versetzungsklausel)<sup>391</sup> öngörüldü ise, işçinin feshinden önce kendisini bu farklı iş alanlarına sevk etmek gerekir. Böylelikle iş sözleşmesinde esnek koşullar oluşturarak karşılaştırılabilir işçiler arasındaki seçimi genişletmesi sağlanmaktadır. İşverene düşen görev, karşılaştırılabilir işçilerin arasında bu şekilde atanabilecek işçileri ayrıca göz önünde bulundurarak daha sonra sosyal seçim aşamasında değerlendirmesidir.<sup>392</sup> Konuya ilişkin ayrıca işverenin iş sözleşmesinde genel işlem şartı koyarak, ileride karşılaşılabilecek bir işyeri değişikliği sebebiyle işçinin başka bölüme naklini düzenlemesi geçerli olup olmadığı tartışılmaktadır.<sup>393</sup> Federal Alman İş

<sup>387</sup>BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12; v.Hoyningen-Huene/ Linck, 361.

<sup>388</sup> Die Sozialauswahl bezieht sich nur auf vergleichbare Arbeitnehmer(Moll, Arbeitsrecht, § 43 Ordentliche Kündigung Rn. 173 - 178, beck-online).

<sup>389</sup> Dietrich/Glöge-Müller/Preis/Schaub, 2176.

<sup>390</sup> v. Hoyningen-Huene/Linck, 905.

<sup>391</sup> Versetzungsklauseln(Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 113 Soziale Auswahl Rn. 52, beck-online); (Schaub ArbR-HdB, XIV. Buch. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 7. Abschnitt. Der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz § 135. Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung Rn. 10, beck-online)

<sup>392</sup>v. Hoyningen-Huene/Linck, 906.

<sup>393</sup> LAG Köln: Vorformulierte Versetzungsklausel im Arbeitsvertrag(FD-ArbR 2007, 219938, beck-online); BAG, Urteil vom 15. 12. 2005 - 6 AZR 199/05 (LAG Rheinland-Pfalz);(NJW 2006, 1757, beck-online)

Mahkemesi bu tür uygulamanın geçerliliğini iş sözleşmesinde bulunan genel işlem şartında işçiye aynı veya benzer pozisyonda verilecek iş için nakli söz konusu olacağına açıkça ifade edilmiş olmasa bağlamıştır.<sup>394</sup>

Bunun yanında Alman Federal İş Mahkemesine göre, işveren işçi seçiminde yalnız aynı hiyerarşide (yatay karşılaştırılabilir işçiler)<sup>395</sup> olan işçiler arasında seçim yapmak zorundadır (= Sozialauswahl nur auf gleicher Hierarchie-Ebene). Burada işyerinde yapılan işe dair objektif kriterlere dayanarak eşdeğerlik aranmaktadır.<sup>396</sup>

#### c) İstisna Tutulanlar (İşletmeye Yararlı İşçilerin Belirlenmesi ve Seçim Dışı Bırakılması)

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre, özellikle mesleki bilgi, beceri ve performansı sebebiyle istihdamlarına devam edilmesinde, işletmenin meşru yararı bulunan işçilerin sosyal seçime dahil edilmemesi yönündedir (Par. 1, Abs. 3, S. 2 KSchG).<sup>397</sup> Böylece kanun koyucu sosyal seçim ölçütleri açısından işveren lehine bir istisna getirmiştir.

#### ba) Başarılı İşçiler

Kanun koyucu, işletmenin faaliyetini kesintisiz olarak ve herhangi bir zarar görmeksizin sürdürebilmesi yolundaki menfaatlerine sosyal seçim sebebiyle zarar verilmesini engelleyecek bir çözüm öngörerek bir kısım işçinin sosyal seçimden ayrı tutulmasını isabetli görmüştür. Bu nedenle, üstün performansa sahip olan işçinin, özel mesleki bilgi ve yetenekle donatılmış bir çalışma grubunda yer alan teknik personelin de sosyal seçimden ayrı tutulması söz konusu olabilmektedir.<sup>398</sup> Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinin, 3. fıkrasının, 2. cümlesine göre;

---

<sup>394</sup> Wirksamkeit einer Konzernversetzungsklausel(NJOZ 2010, 2625, beck-online); Insbesondere muss die ggf. anzubietende Tätigkeit gleichwertig (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 113 Soziale Auswahl Rn. 52, beck-online).

<sup>395</sup> Horizontale Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 680, beck-online) BAG 10. 6. 2010 Rn. 31 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 98 = NZA 2010, 1352; BAG 5. 6. 2008 Rn. 18 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr 179 = NZA 2008, 1120; KR/Griebeling Rn. 618 (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 681-683, beck-online)

<sup>396</sup>BAG 25. April 1985 – 2 AZR 140/84 – BAGE 48, 314, 323; 15. Juni 1989 – 2 AZR 580/88 – AP KSchG 1969 Par. 1 Soziale Auswahl Nr. 18; v. Hoyningen-Huene/Linck, 908.

<sup>397</sup> v.Hoyningen-Huene/ Linck, 386-392; Par. 1/3 b. 2 KSchG Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer nach § 1 III 2. (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 747, beck-online); Berechtigte betriebliche Interessen(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 757-760, beck-online); Birben, 10 vd.

<sup>398</sup> Fähigkeiten(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 750-756, beck-online).

“Birinci cümlede belirtilen sosyal seçime göre, özellikle bilgileri, becerileri ve verimlilikleri sebebiyle istihdam edilmelerinde işyerinin dengeli personel yapısını sürdürmek amacıyla bazı işçilerin bu seçime dahil edilmemeleri, işyerinin geçerli menfaatlerine dayandırılarak yapılabilir.”

İşveren işletmesel kararına dayalı olarak başarılı işçileri sosyal seçimin dışında bırakma hakkına sahiptir ancak böyle bir zorunluluğu da yoktur.<sup>399</sup> Yine burada işverenin işletmesel karar alma serbestisine dayalı olarak dışarıdan müdahalede bulunulamaz. Bir başka deyişle işçi kendisinin başarılı olması gerekçesi ile sosyal seçimin dışında bırakılması gerektiğini iddia edemez.

Ayrıca belirtelim ki, Kanun, işverenin başarılı işçi ile ilgili alacağı karara da diğer birçok işletmesel kararda olduğu gibi sınırlama getirmiştir. Burada işverene keyfi bir seçim hakkı verilmemiştir; yani istediği gibi belirli işçileri sosyal seçimden ayrı tutma serbestisi bulunmamaktadır. Birçok yargı kararlarında da görüldüğü üzere, uygulamada işveren belirli bir işçiyi sosyal seçimden ayrı tutarken aceleci davranarak yanılıya düşebilmektedir. Bu durum olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir. Kanunda “*haklı işyeri çıkarı*” olarak tanımlanan bu sınır ile işverenin kişisel ilişkisi ve çıkarları kapsam dışı tutulmaktadır.<sup>400</sup>

Bir işçi kendisini başarılı görmüş olduğundan dolayı “*sosyal seçime dahil*” edilemeyeceğini iddia edemez; zira böyle bir değerlendirme yapma yetkisi ancak işverene tanınmıştır.

#### cb) Dengeli Bir Personel Yapısının Sürdürülmesi

Sosyal seçim dışında bırakılacak ikinci istisnai durum ise, dengeli bir personel yapısının sürdürülebilmesi amacıyla bazı işçilerin sosyal seçimden ayrı tutulmasıdır. Personel düzenini korumak amacıyla (=Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur)<sup>401</sup> alınan kararlarda sosyal seçim kriterlerinden uzaklaşılabileceğini, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu kabul etmiştir.

Burada korunacak olan personel düzeninden maksat, mevcut personel düzenidir; aksine yeni daha iyi işleyen bir personel düzeni kurmak anlamında değildir. Pratik iş hayatında bazı

---

<sup>399</sup> BAG 29.10.1983 NJW 1984, 1648; 25.4.1985 NZA 1986, 64, 65 f(ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 342-350, beck-online).

<sup>400</sup>Güzel-Ertan, 1237.

<sup>401</sup> Sicherung der ausgewogenen Personalstruktur (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 765-769, beck-online)

işverenler bu konuyu yanlış yorumladıklarından, yeni bir personel düzeni kurmak çabasını ileri sürmeleri nedeniyle iş mahkemelerinde görülen davaları kaybetmektedirler<sup>402</sup>. Personel düzeninden bahis, ilk başta çalışanların ortalama yaşlarının göz önünde bulundurulmasıdır. Sadece kıdem, yaş, bakım yükümlülüğü, sakatlığa dayanarak yapılan sosyal seçim, personelin ortalama yaşını yüksek tutmasına ve yaşlı işçiler ekibinin oluşmasına neden olacaktır. Bunu önlemek amacıyla işveren her yaşa göre gruplar oluşturup ve bunların arasından ortalama bir sosyal seçim yapabilir. Yani örnek vermek gerekirse; 25-35 yaş arası; 35-45 yaş arası; 45-55 yaş arası; vs.<sup>403</sup> Alman Federal İş Mahkemesi birçok kararında on yıl aralıklara dayalı yaş sınırı belirlenebileceğini kabul etmiştir.<sup>404</sup> Ancak bu ölçünün zorunlu olmadığını da ifade etmiştir. Burada asıl aranan dengeli ve anlaşılabilir bir sistemin oluşturulmasıdır. Bunun yanı sıra işveren işçilerin performansına göre (yüksek, ortalama, düşük performans) gruplar oluşturabilir ve bunların arasından seçim yapabilmektedir. Kanun koyucu burada somut kriterler öngörmemekte ve işverene esnek hareket alanı bırakmaktadır.<sup>405</sup>

## II. İŞ SÖZLEŞMESİ FESHEDİLECEK İŞÇİNİN BELİRLENMESİNDE SOSYAL SEÇİM ÖLÇÜTLERİ

### A. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda Düzenlenen Sosyal Seçim Kriterleri

1.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrası,<sup>406</sup> Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda sosyal seçimde işverenin dikkate alması zorunlu olan kriterler açıkça

<sup>402</sup>Sachgerechte Altersgruppen(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 770-772, beck-online) LAG Hamm, Urteil vom 09.11.2012 - 18 Sa 1095/12-(LAG Hamm, Urteil vom 09.11.2012 - Aktenzeichen 18 Sa 1095/12, BeckRS 2013, 68408, beck-online); Sachgerechte Altersstruktur(AP AGG § 10 Nr. 2, beck-online)

<sup>403</sup> LAG Niedersachsen, Urteil vom 15.10.2010 - 10 Sa 257/10; Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze, die Differenzierungen zulassen und erfordern können, darf der Arbeitgeber zB Gruppen in 10-Jahres-Schritten bilden (vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck Rn. 967):

- Arbeitnehmer bis einschließlich des 30. Lebensjahres,
- Arbeitnehmer vom 31. bis zum 40. Lebensjahr,
- Arbeitnehmer vom 41. bis zum 50. Lebensjahr,
- Arbeitnehmer vom 51. bis zum 60. Lebensjahr,
- Arbeitnehmer ab dem 61. Lebensjahr.

(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 770-772, beck-online)

(LAG Niedersachsen, Urteil vom 15.10.2010 - Aktenzeichen 10 Sa 257/10, BeckRS 2011, 68824, beck-online)

<sup>404</sup> BAG 12. 3. 2009 AP KSchG 1969 Soziale Auswahl § 1 Nr. 97 = NZA 2009, 1023; 9. 11. 2006 AP BGB § 311 a Nr. 1; 19. 6. 2007 AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 16

<sup>405</sup> LAG Köln - 6 Sa 1287/05- Will der Arbeitgeber durch eine altersgruppenbezogene Sozialauswahl nach Maßgabe es Par. 1 Abs. 3 S. 2 KSchG nur die bisherige Altersstruktur des Betriebs erhalten, so ist das berechtigte betriebliche Interesse regelmäßig ohne weiteres zu bejahen. Es lässt sich mit Par. 1 Abs. 3 S. 1 KSchG nicht vereinbaren, die „Rentennähe“ zu Lasten des Arbeitnehmers in die Sozialauswahl einzubeziehen. Die Vergabe von Sozialpunkten auch für das Lebensalter über 55 begründet jedenfalls keinen Auswahlfehler. Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1770-1772.

<sup>406</sup> Soziale Gesichtspunkte nach § 1 III 1(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 712, beck-online)

gösterilerek “*kıdem, yaş, bakım yükümlülüğü ve ağır sakatlık/engellilik*” ile sınırlandırılmış ve emredici nitelikte düzenlenmiştir. Burada yasada yer verilen sıralama bir önem sırası teşkil etmemektedir. Bu hükümler işçi aleyhine hiç bir şekilde kısıtlanamaz veya sözleşmeyle aksi yönde bir düzenlemede bulunulamaz. Kanun Koyucu sosyal ölçütlerin genel ve yeterli bir biçimde göz önünde bulundurulmuş olmasıyla, yapılan feshi de geçerli ve sosyal açıdan yerinde saymaktadır.<sup>407</sup> Olası bir dava durumunda mahkeme işverenin uyguladığı sosyal seçimin kanunda aranan şartları sağlayıp sağlamadığını denetleyecektir. İşveren bu kriterleri kendi önem sırasına göre değerlendirme imkanına sahiptir. Feshe Karşı Koruma Kanunu’nda her bir kriteri eşdeğer olarak belirlenmiş ve her bir kriterin göz önünde bulundurulması zorunluluğu öngörülmüştür. Nitekim her kriter somut işçi açısından farklı etki etmekte olduğundan, “*Her somut olayda birçok harici faktör de söz konusu olup ağırlıkları bakımından peşinen bir hüküm verilmesi imkansızdır*”.<sup>408</sup>

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin, 3. fıkrasında sayılan bu dört sosyal kriter işveren açısından göz önünde bulundurması bakımından bağlayıcıdır. Ancak her bir unsurun içeriğini doldurmasında kendisine takdir yetkisi verilerek esneklik tanınmıştır. Burada saymış olduğumuz sosyal seçim kriterleri yaş ve kıdem kapsam miktarı, işçinin personel dosyasında bulunan kayıtlardan rahatlıkla tespit edilebilmektedir. Diğer kriterler hakkında ise, işveren ayrıntılı bilgiyi bizzat işçinin kendisinden almak zorundadır.<sup>409</sup> İşçi bu bilgi verme yükümünü yeterince yerine getirmediği takdirde, daha sonra kendisinin vermekten kaçındığı verilere dayanarak, feshin sosyal seçimdeki bir kusur nedeni ile geçersiz sayılmasını ileri süremez.

### 1. Kıdem (“Betriebszugehörigkeit”)

Kanunda düzenlenen ilk sosyal seçim ölçütü kıdemdir. Aynı işverenin gözetimi ve direktifi altında çalışan işçinin iş ilişkisi ne kadar uzun sürmüş ise bu işçi o ölçüde korunması gereken bir güvence hakkına sahiptir. Alman iş güvencesi kapsamında, iş sözleşmesinin feshinde, işten çıkarılacak işçiler belirlenirken daha fazla çalışmış olan ile daha az çalışmış olan işçiler arasında kıdem oldukça önemli bir rol oynamaktadır.<sup>410</sup> Sosyal seçim ölçütleri dışında da

<sup>407</sup> BAG 18. Januar 1990 – 2 AZR 357/89 – BAGE 64, 34; 15. Juni 1989 – 2 AZR 580/88 – BAGE 62, 116.

<sup>408</sup> BAG 13. Juni 1986 - 7 AZR 623/84 - BAGE 52, 210; Senat 18. Oktober 1984 - 2 AZR 543/83 - BAGE 47, 80; 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151.

<sup>409</sup> Der Arbeitgeber hat nur die ihm mitgeteilten sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 734-736, beck-online).

<sup>410</sup> BAG 20. August 1998 – 2 AZR 83/98 – BAGE 89, 307; v.Hoyningen-Huene/ Linck, 378-379.

Alman İş Hukuku'nda iş sözleşmesinin feshinde kıdem büyük önem arz ettiği görülmektedir. Şöyle ki, işçinin kıdemi arttıkça uyulacak ihbar süreleri de Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen tazminat miktarını da artmaktadır.<sup>411</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 10. maddesinin, 2. fıkrasında kıdem tazminatı düzenlenmiştir; şöyle ki; *“Elli yaşını doldurmuş olan işçinin iş sözleşmesi onbeş seneyi bulmuş ise, onbeş aya kadar varan aylık geliri oranında bir kıdem tazminatı belirlenebilir; işçi elli beş yaşını doldurmuş olması halinde ve iş sözleşmesi en az yirmi sene sürmüş ise, kıdem tazminat bedeli on sekiz aya varan aylık geliri oranına göre belirlenir.”*.

Alman Federal İş Mahkemesi bu maddeye dayanarak, hem işçilerin fesih bildirim süresini hem de kıdem tazminatını belirlemektedir.<sup>412</sup> İşçinin kıdemiyle ilgili olarak tartışılan sorunlardan bir tanesi de, sosyal seçime esas alınacak kıdem süresini nasıl belirleneceği yönündedir. Bu bağlamda, Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddenin, 1. fıkrasında yazılı olan ve işçilerin iş güvencesi kapsamına girebilmesinde zorunlu olan koşullardan biri olan *“altı aylık çalışma süresinin”* belirlenmesinde kullanılan kriterlerin sosyal seçime esas kıdem için de belirleyici olduğu söylenmektedir. Ayrıca Alman Federal İş Mahkemesi, konuya açıklık getirmek amacıyla sosyal seçim açısından göz önünde bulundurulacak kıdem süresinin hesaplanmasında işçinin çalışmış olduğu sürenin, aynı işyerinde geçirilmiş olması şartını içermediğini, aynı işverenin direktifi altında birden fazla işyerlerinde iş görmüş olmasını da bu bağlamda değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.<sup>413</sup>

Bir işyerinde uzun zamandan beri çalışan işçi açısından değerlendirildiğinde, kıdem artmasıyla işyerine katmış olduğu emeğin ve aynı zamanda iş piyasasından uzaklaşarak çalışmış olduğu işyerine bağlılığın da arttığı görülmektedir. Bunun yanı sıra işçi sosyal hayatını bağlı bulunduğu işyerine göre biçimlendirmektedir; örneğin aile konutu, sosyal çevresi vs. Bundan dolayı Kanun Koyucu kıdemli işçilerin işlerine son verilmesinin daha ağır ve kaldırılamayacak sonuçlar doğurabileceği düşüncesine dayanarak, bunların özellikle korunması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>414</sup>

---

<sup>411</sup> BAG 2. 6. 2005 Rn. 17 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 73 = NZA 2005, 1175; Bütetisch S. 203 f., SES/Eylert Rn. 398; HaKo/Gallner Rn. 778; Gaul/Lunk NZA 2004, 184 f.; KR/Griebeling Rn. 671 f.; Fischermeier NZA 1997, 1089, 1094; Löwisch/Spinner, Rn. 365; ErfK/Oetker Rn. 331; Preis RdA 1999, 311, 316(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 713-716, beck-online).

<sup>412</sup> BAG 18.10.1984,2 AYR 543/83; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1773.

<sup>413</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1764; Güzel-Ertan, 1232.

<sup>414</sup> BAG 19. Mai 1993 – 2 AZR 584/92 – BAGE 73, 151;5. Dezember 2002 – 2 AZR 549/01.

Bir işçinin kıdemine dayalı olarak korunması, genç işçi veya yeni işe başlayan işçiler açısından bir haksızlık oluşturduğu düşüncesini beraberinde getirirse de, aslında işyerinde uzun zamandan beri çalışan bir işçi açısından bakıldığında durumun hiç de öyle olmadığı görülecektir. Zira bir işyerine bağlı olarak uzun bir süre çalışan işçi, bu zaman zarfında iş piyasası rekabetinin dışında kalmış ve yaşı ilerledikçe de başka bir işyerinde istihdam edilmesi olasılığı gençlere nazaran daha da zorlaşmıştır. Bu açıdan bakıldığında fesihlerde daha çok kıdemli olan işçilerin daha az kıdemli işçilere nispeten korunması gereği hakkaniyete aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>415</sup>

## 2. Yaş (“Lebensalter”)

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1. maddesinin, 3. fıkrasında “*Bir işçinin 2. fıkra uyarınca acil işyeri gereklerine dayalı olarak işine son verilmesi halinde yaş unsuru hiç veya yetersiz bir biçimde dikkate alınmış ise, bu durumda yapılan fesih sosyal haksız sayılır*” denilmektedir. Böylece yaşı ilerlemiş işçilerin genç işçilere nazaran daha çok koruma ihtiyacı olduğu esas alınmıştır.<sup>416</sup>

Aslında yaş unsuru her somut olay bakımından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması gereken bir unsurdur. Burada genel anlamda her yaşı ilerlemiş olan işçinin iş sözleşmesinin sosyal ölçütlerine dayalı olarak fesihten muaf tutulacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Zira burada her işçinin konumu bakımından değişik faktörler rol oynamaktadır. İş Hukukunda yaygın olan görüşe göre, işçinin yaşının artmasına bağlı olarak, iş piyasasında korunması ihtiyacı da artmaktadır. Çünkü bir işçinin yaşı arttıkça, iş sektöründe yeni bir iş bulma şansı gençlere nispeten da azdır ve ayrıca yeni bir işyerine adapte olması veya yeni koşullara ayak uydurabilmesi güçtür.<sup>417</sup>

İşçinin yaşının sosyal bir ölçüt olarak kabul edilmesine karşı olan görüş ise, yaşla birlikte işçinin mesleki tecrübenin de arttığını ve mesleki tecrübe istihdam piyasasında yaşlı işçilerin şansını yükselttiğini vurgulayarak, yukarıdaki görüşe itiraz etmektedir. Nitekim, Alman Eşit

<sup>415</sup> v. Hoyningen-Huene/Linck, 968.

<sup>416</sup> AG 18.1. 1990 AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 19; 20.10. 1983 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 13 = NJW 1984, 2488 (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 717-721, beck-online).

<sup>417</sup> BAG 18.1.1990 EzA Par. 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 28; KR-Etzel Par. 1 KSchG Rz. 647; v.Hoyningen-Huene/ Linck, 380-383.

Muamelede Bulunma Yasasının (AGG) 1. ve 3. maddeleri ışığında “*Bu hükmün genç işçilere karşı doğrudan ayrımcılığa yol açtığı ve Avrupa Birliğinin eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin müktesebatının bir parçası olan 2000/78 sayılı Yönergesine aykırı*” olabileceği yöndeki tartışmayı beraberinde getirmiştir.<sup>418</sup>

Alman Federal İş Mahkemesi ise, 2000/78 sayılı yönergenin 6. maddesindeki<sup>419</sup> istisnai duruma atıf yaparak, aslında daha yaşlı olan işçiler ile genç işçiler arasında bir ayrımcılığın söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Nitekim oluşturulan yaş grupları ile (25-35; 35-45; 45-55 vs.) dengeli bir işçi personeli oluşturulduğunun ve her bir grubun içinden seçim yapıldığının altını çizmiştir.<sup>420</sup>

### 3. Bakım Yükümlülüğü (“Unterhaltspflichten”)

Alman kanun koyucusu işletme gerekleri ile işten çıkarılacak işçi tespit edilirken işçinin bakım yükümlülüklerinin de dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. İş hukukunun temel ilkelerinden biri olan işçinin korunması ilkesinin altında yatan sebeplerden biri de, işçinin ücreti ile geçimini sağlıyor olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, işçi ücreti ile kendisini geçindirmenin yanı sıra bakım yükümlülükleri de olduğunda daha da büyük ekonomik baskı altında olacaktır.

---

<sup>418</sup> Die Berücksichtigung des Lebensalters als Auswahlgesichtspunkt im Einzelfall oder im Zusammenhang mit Auswahlrichtlinien verstößt nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nach § 2 I Nr. 2 AGG bzw. Art. 2 a der RL 2000/78/EG (grundlegend BAG 6. 11. 2008 Rn. 43 ff. AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 = NZA 2009, 361; 5. 11. 2009 Rn. 25 f. AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = NZA 2010, 457; 18. 3. 2010 Rn. 16 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 184 = NZA 2010, 1059; vgl. dazu EuGH 22. 11. 2005 [Mangold] AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = NZA 2005, 1345) (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 717-721, beck-online).

<sup>419</sup> Artikel 6 Gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters: (1) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

<sup>420</sup> BAG: Lebensalter als zulässiges Kriterium der Sozialauswahl (FD-ArbR 2012, 333128, beck-online); Sozialauswahl ohne Lebensalter! (NZA 2010, 473, beck-online); Diskriminierung von älteren Arbeitnehmern Abhilfe durch das AGG? (NZA 2008, 497, beck-online).



Genel manada, işçinin bakmakla yükümü olduğu kişiler kanunda açıkça belirlenmiş ve işçinin eşi (Par. 1359, 1360 BGB<sup>421</sup>), çocukları (meşru/gayrı meşru; reşit olmayan, okuyan vs. Par. 1601<sup>422</sup> vd. BGB) ve kendi anne ve babasıdır.<sup>423</sup>

Bir işçinin bakım yükümlülüğünü tespit ederken, yaş, ikamet şartları, sağlık durumu, üçüncü kişilerin kendisine ve ailesine sağladığı maddi destek, ailenin toplam aylık gelir durumu gibi birçok faktör göz önünde bulundurulmaktadır. İşçinin gönüllü olarak üstlenmiş olduğu bakım yükümlülüğü bu kapsamda değerlendirmeye alınmayacaktır.<sup>424</sup> Bu bakımdan aranan şart, işçinin mali durumuna göre üstlenebileceği ölçüde bir bakım yükümlülüğü öngörülebilmesidir. Bundan dolayı hem bakım alacaklılarının sayısı hem de bakım masrafının oranı - işçinin geliri kapsamında - sosyal değerlendirme yapılırken önemli bir rol oynamaktadır.<sup>425</sup>

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin bakım yükümlülükleri saptanırken, hem işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireylerinin sayısı hem de bakım yükümlülüğün maddi tutarı dikkate alınmalıdır. İşçinin eşi veya bakmakla yükümlü olduğu çocukları kendilerine ait bir gelire sahip olmaları halinde (Keine Bedarfsgemeinschaft)<sup>426</sup>, kendi ihtiyaçlarını karşılayabilir olduklarından, bakım yükümlülüğüne dahil edilmemeleri gerektiği yöndedir. Özellikle bir ailede her iki eşin de çalışıyor olması (“Doppelverdienst”)<sup>427</sup> durumunda, işçinin bakım yükümünün oranı her iki eşin gelirlerine göre belirlenmektedir. Örneğin, diğer eşin geliri daha yüksekse, söz konusu işçiye bakım yükümü kriteri uygulanamaz veya nispeten çocuklarının sayısına göre göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla sosyal seçimde bakım yükümlülüğü unsuru değerlendirilirken, işçinin eşinin bir gelire sahip olup olmadığının ve bu gelirin oranının değerlendirilmeye dahil edilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir; aksi takdirde yine bir sosyal adaletsizlik söz konusu olacağı ileri sürülmüştür.<sup>428</sup>

---

<sup>421</sup> Par. 1359 BGB: Eşlerin birbirine olan sadakat ve sorumlulukları; Par. 1360 BGB: Aile bütçesine katkıda bulunma yükümlülüğü.

<sup>422</sup> Par. 1601 BGB: Bakım Yükümlülüğü.

<sup>423</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1775.

<sup>424</sup> Freiwillige Unterhaltsleistungen sind nicht von § 1 III erfasst (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 722-727, beck-online).

<sup>425</sup> BAG 18.1.1990 EzA Par. 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 28; v.Hoyningen-Huene/ Linck, 383-384.

<sup>426</sup> Bedarfsgemeinschaft iSv § 9 II SGB II(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 722-727, beck-online).

<sup>427</sup> Doppelverdienst“(APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 722-727, beck-online).

<sup>428</sup> v.Hoyningen-Huene/ Linck, 391; Güzel-Ertan, 1235.

Alman Federal İş Mahkemesinin de görüşü aksi yöndeki bir görüşe göre, sosyal seçime dahil edilecek işçinin bakım yükümlülüğünü tespit ederken, Alman Medeni Kanunu'nun 1360. maddesindeki aile hukuku bağlamında “*Eşlerin birbirine bakmakla yükümlü oldukları*” hükmünün aslında eşlerden birinin bakıma muhtaç olması şartına bağlı olmadığı, nitekim eşlerden birinin bir işyerinde çalışmaksızın, evin işlerini üstlenmiş olması durumunda da bir iş görmeden bahsedilebileceği ve böyle bir durumda yine çalışan eşin kendisine ve ailesine bakmakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir.<sup>429</sup>

Kanaatimizce ikinci görüşe katılmak daha yerinde olacaktır; aksi takdirde çalışan işçi açısından haksız bir değerlendirme ortaya çıkabilecektir. Ailede iki kişinin çalışması, maddi gelirle birlikte birçok giderleri de (örneğin daha düşük vergi sınıfında –Steuerklasse- çalışmak gibi; çifte maliyet olarak yol masrafları, eğitim giderleri vs.) beraberinde getirmektedir. Bir ailede eşlerin çalışıyor olması, doğrudan bakım yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalı ve sosyal seçim değerlendirmesi yapılırken, her somut olay ve gelir durumuna göre belirlenmesi daha sağlıklı olacaktır.

#### 4. Ağır Engellilik (“Schwerbehinderung”)

Ağır engellilik unsuru ilk defa 1.1.2004 tarihinde Alman mevzuatına girmiş ve Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda işçi yararına sosyal seçimde dikkate alınması gereken son kriter olmuştur. Engellilik ancak işveren tarafından bilindiği takdirde sosyal seçimde dikkate alınabilir. Kimlerin ağır engelli sayılacağı Sosyal Güvenlik Kanunu'nda (SGB IX) belirlenmiş olup, Feshe Karşı Koruma Hukuku'nda bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Ağır engelliliğin tanımı Alman Sosyal Güvenlik Kanunu'nun ikinci maddesinde yapılmıştır; “*Ağır engelli sayılabilmek için sakatlık oranı en az %50'dir*” (Par. 2/1SGB IX). Böylece burada düzenlenen oranın altında kalan işçiler bu hükümden yararlanamayacaklardır. İşçinin engelli olduğuna dair ağır sakatlık belgesinin olması zorunlu bir şarttır. Genel prosedür, Alman Sosyal İşler Müdürlüğüne başvurarak, engelliliğini tıbbi bir raporla kanıtlayan kişilere bir ağır sakatlık belgesi verilir ve sosyal seçimde ancak bu belge ile sakatlık durum değerlendirmede göz önünde bulundurulur. İşverence, karşılaştırılabilir işçiler arasında birden fazla ağır engelli işçilerin bulunması halinde, bunlar arasında ayrıca bir değerlendirmede

---

<sup>429</sup> Arbeitseinkommen von Ehegatten (APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 722-727, beck-online).

bulunması beklenmemektedir. Kendisinin engelli olduğunu, en geç sosyal seçime dahil edildiğini öğrendiği andan itibaren işçi işverene bildirmek zorundadır. Sosyal seçimdeki sakatlık durumunun önemi her bir somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, sakatlık sebebi işyerinde oluşan bir iş kazası sonucunda ortaya çıkmışsa, böyle bir durumun sosyal seçimde daha farklı – işçi lehine – değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır.<sup>430</sup>

## B. Türk İş Hukukunda “Sosyal Seçim Ölçütleri”ne İlişkin Değerlendirmeler

Sosyal seçim ölçütleri, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, “*feshin en son çare olması*” (Ultima Ratio) ilkesinden farklı olarak işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, feshin bireyselleştirilmesi açısından başvuru, işten çıkarılacak işçinin şahsen tespitini sağlayan bir ilkedir. Diğer bir ifadeyle, Alman İş Hukuku’na ilişkin açıklamamızda da değinildiği gibi işletme, işyeri veya işe ilişkin geçerli fesih sebeplerinden biriyle işçi çıkarma yoluna gidildiğinde; hangi işçi veya işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceği hususu sosyal seçim ilkesini ortaya çıkarmaktadır. Aslında anayasal eşit davranma ilkesinin somutlaştırılması anlamına gelmekte olan feshin geçerliliğinin değerlendirilmesinden - işçi ve işverenin karşılıklı çıkarlarının değerlendirilmesi bakımından - “*Farklı bir şekilde feshedilecek işçilerin yekdiğeri karşısındaki konumlarının değerlendirilmesini*” esas almaktadır.<sup>431</sup>

### 1. Yargıtay’ın Konuya Yaklaşımı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2005-2006 yılları arasında vermiş olduğu birçok kararında Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndaki sosyal seçim kriterlerine benzer olup olmadığı tartışılabilir ancak daire tarafından “*sosyal seçim ölçütleri*” olarak adlandırılan bazı esaslara yer verdiği görülmektedir.<sup>432</sup>Bu dönemde oldukça sıkça bu kriterlere yer veren Yargıtay’ın

<sup>430</sup> Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, 1780; Güzel-Ertan, 1236.

<sup>431</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1005; Centel, 115.

<sup>432</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 19.9.2005, 2005/28126 E., 2005/30447 K.; 21.11.2005, 2005/34453 E., 2005/36793 K.; 6.3.2006, 2006/1999 E., 2006/5479 K.; 13.3.2006, 2006/2894 E., 2006/6224 K.; 3.4.2006, 2006/4878 E., 2006/8253 K.; 1.5.2006, 2006/4745 E., 2006/12211 K.; 15.5.2006, 2006/10807 E., 2006/13509 K.; 9.10.2006,

sonraki kararlarında bu görüşünü değiştirdiği görülmektedir. İnceleme konusu açısından önemine binaen belirtilen dönemde verilen kararlar aşağıda değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin açıkça sosyal seçim kriterleri ifadesini kullanmış olduğu 11.09.2006 tarihli bir kararına göre, “*Gerçekten, bölüm kapatma nedeniyle işçi fazlalığı oluşup oluşmadığı, davacının kapatılan bölümde çalışıp çalışmadığı, kapatılan bölümdeki personelin ne şekilde değerlendirildiği, fazlalık teşkil eden personel sayısı, fazla olan personelin seçiminde ve fesihte objektif davranılıp davranılmadığı, sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, fesihten önce veya sonra işe alınanların sayısı ve nitelikleri, davacının çalıştığı bölüme ya da aynı düzeyde başka bölüme alınıp alınmadıkları, feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı, feshe son çare olarak bakılıp bakılmadığı(...)*”<sup>433</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi her ne kadar “*sosyal seçim kriterleri*” ifadesini kullanmış olsa da, bu ölçütlerin tam olarak ne anlama geldiği açıklamamıştır. Örneğin, bu konuda vermiş olduğu bir diğer kararına göre, “*Çalışanlar arasından çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı irdelenmelidir. Zira, işverence işten çıkarılacak işçi 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 kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır(...)*”<sup>434</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin “*sosyal seçim ölçütleri*” altında irdelediği müessesinin, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndakinden bazı farklılıklar arz ettiği bu kararda açıkça görülmektedir. Yargıtay bahsi geçen bu kararlarda bir yandan sosyal seçim ölçütü teşkil edebilecek, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterlere değinmiş diğer yandan aslında işçiden kaynaklanan geçerli sebepler başlığında değerlendirilmesi gereken, *işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme vb. kriterlere yer vermiştir*. Bir işçinin verimi, hastalığı, işe gelmeme veya iş görme borcunu yerine getirmesinde özen göstermemesi durumları aslında işçiden kaynaklanan fesih sebepleridir ki<sup>435</sup>, bunlar iş güvencesi

---

2006/17907 E., 2006/26027 K., 27.11.2006, 2006/32084 E., 2006/31228 K.; 11.12.2006, 2006/33818 E., 2006/32311 K.

<sup>433</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD 11.9.2006, 2006/23233 E.; 2006/21877 K.

<sup>434</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 15.5.2006, 2006/10807 E., 2006/13509 K.; 13.3.2006, 2006/2894 E.; 2006/6224 K.

<sup>435</sup> İşçiden kaynaklanan fesih sebepleri için 2. bölümün 2. kısmına bkz.

kapsamında zaten işçinin yetersizliğinden veya davranışından kaynaklanan sebepler olarak belirlenmiş olup, söz konusu feshi geçerli kılmaktadır. İşçilerin birbiriyle kıyaslanmasında bu sebeplerin göz önünde bulundurulması, aslında 18. maddesinin 1. fıkrasına giren durumların farklı bir açıdan değerlendirilmesi anlamına gelir ve sosyal seçimle hiç ilgisi yoktur.

Bunun yanı sıra Yargıtay, Alman sosyal seçim kriterlerine nispeten benzer nitelendirmede bulunarak, emekliliğe hak kazanmayı, evli ve çocuk sahibi olmayı veya genç olma kriterleri ileri sürmüş, fakat işverenin işyeri gereklerine dayalı fesihlerde bu kriterlere uygun seçimi nasıl yapacağını belirtmemiştir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın sosyal seçim ölçütleri adı altında değerlendirdiği müessesenin (sui generis) kendine özgü bir içerik taşıyan sosyal seçim ölçütleri olarak kabul edilmesi gerekecektir. Öğretide Güzel/Ertan tarafından isabetle belirtildiği üzere, burada karma bir sistem uygulanmaya çalışılmıştır<sup>436</sup>.

Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, Yargıtay zaman içerisinde - tanımlama konusunda görüşünü değiştirerek - daha sonra vermiş olduğu birçok kararında “sosyal seçim” teriminden tamamen uzaklaşmış ve “objektif kriterler” deyimini kullanmıştır. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında, feshin geçerliliğine ilişkin yargı denetiminde (...) şayet işçi fazlalığı söz konusu olmuş ise, iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığının da belirlenmesi gerektiğe hükmetmiştir<sup>437</sup>. Ayrıca aynı kararda eski görüşünden dönerek işçinin performansının tek başına seçim kriteri olamayacağını kabul edildiği görülmektedir.

Yargıtay sonraki kararlarında ise, “hukuken korunabilirlik” ölçütüne dayanan fesihden bahsetmediği görülmektedir. 2006 yılında vermiş olduğu bir karara göre, “Davalı işveren işyerinin birleşme nedeni ile devrinden sonra işgücü fazlalığı ortaya çıktığını, sendika ile yaptıkları görüşme sonucunda gönüllü olarak ayrılmak isteyenler ile emekliliğe hak kazananların öncelikle işten çıkarılmasına karar verildiğini, iş sözleşmesinin feshinde sendika ile yapılan görüşme tutanağında belirtilen kriterlerin dikkate alındığını ileri sürmüştür. Bu savunma karşısında öncelikle yapılması gereken iş; birleşme nedeni ile iş gücü fazlalığının doğup doğmadığının belirlenmesi, daha sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde dikkate alınan kriterin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının tespitidir. İşgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate

---

<sup>436</sup>Güzel/Ertan,1279.

<sup>437</sup>Kazancı:Yargıtay 9. HD. 22.5.2006, 10732/15164.

alınmış ise, ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir".<sup>438</sup> *Bu kararda dikkat çeken husus kriterin tespiti bakımından işverene geniş bir serbesti tanınmasıdır. Yargıtay'ın bu kararında "hukuken korunabilir ölçüt" ibaresini kullanmakla, önceki kararlarında benimsediği sosyal ölçüte dayalı seçim sisteminden ve daha sonra ortaya attığı karma seçim sisteminden - sosyal ölçütlerle performansa dayalı alternatif seçim ölçütlerini birlikte uygulandığı seçim sisteminden – vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte "hukuken korunabilir ölçüt" kavramının içeriğini burada doldurulmamıştır. Kullanılan kavram soyut ve işverence başvurulabilecek kriterlerin kolayca uygulanabilir olmadığı ifade edilmelidir<sup>439</sup>. Yargıtay'ın sosyal seçime dair anlayışı, önceki kararlarında yansıttığı düşüncelerini terk ettiğini ve işverene iş sözleşmesi feshedilecek işçileri seçerken geniş bir değerlendirme özgürlüğü tanıdığını göstermektedir. Buna göre, gönüllü olmak ve emekliliğe hak kazanmak hukuken korunabilir ölçüt olup, işverence başka sosyal ölçütlerin dikkate alınması zorunluluğu bulunmadığını ifade etmektedir.*

*Benzer nitelikte daha yeni tarihli bir kararına göre de, "...öncelikle yapılması gereken iş; birleşme nedeni ile iş gücü fazlalığının doğup doğmadığının belirlenmesi, daha sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde dikkate alınan **kriterin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının** tespitidir. İşgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise, **ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir**. Bu durumda, işverence başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmaz."*<sup>440</sup>

Oldukça yeni tarihli bazı Yargıtay kararlarında ise yeniden sosyal seçim teriminin kullanıldığı görülmektedir. <sup>441</sup>*Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.2.2015. tarihinde vermiş olduğu bir kararında, konuya ilişkin olarak şu esaslara yer vermiştir: "Türk İş Hukukunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. vd. maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihle, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal*

<sup>438</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. Esas No:2006/24963, Karar No:2006/32630, Tarihi:11.12.2006, Çalışma ve Toplum, 2007/2,199.

<sup>439</sup>Öğretide bu karara getirilen isabetli eleştiriler için ayrıca bkz. Güzel/Ertan, 1281.

<sup>440</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 6.6.2013, 2012/39757 E., 2013/17416 K.; 22. HD. 26.1.2015, 2015/466 E., 2015/1140 K.

<sup>441</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 12.2.2015, 2015/1195 E., 2015/6314 K.; Yargıtay 22. HD. 19.1.2015, 2014/35692 E., 2015/53 K.; 24.9.2014, 2014/21678 E., 2014/25435 K.

*bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir. Dosyada feshe ilişkin **sosyal seçim** kriteri ya da kriteri objektif olarak belirlenmiş değildir. Bu sebeple başka bölümlere kaydırılan on beş tane işçinin hangi kritere göre seçildiği bu noktada önem arz etmez. (...)İş sözleşmeleri feshedilmeyip çalışmaya devam eden işçilerin diğer işçilerden objektif olarak farklı özelliklere sahip olduklarının ortaya konulmamasına göre bu kişilerin değerlendirildiği birimlerde davacının çalışıp çalışamayacağı ortaya konulmadan ve bu birimlere yeni işçi alımı olup olmadığı araştırılmadan karar verilmesi yerinde değildir.”. Böylece Yargıtay yeni tarihli kararlarında istikrarlı olarak Türk Hukuku’nda uyulması zorunlu sosyal seçim kriterlerinin bulunmadığını, ancak işveren tarafından istenildiği takdirde uygulanmasına da bir engel olmadığını, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile bu yönde kriterler getirilebileceğini, getirildiği takdirde ise uyulması gerekeceğini karara bağlamaktadır.*

## 2. Öğreti Görüşleri

Türk İş Hukuku’nda öğretinin çoğunluğu ve yeni tarihli Yargıtay kararlarının sosyal seçim ölçütlerinin kullanılmaması yönünde olduğu görülmektedir.<sup>442</sup> Yargıtay’ın yukarıda bahsetmiş olduğumuz sosyal seçime yer veren içtihadı öğretisi de eleştirilmiştir. Bu yönde ileri sürülen bir fikre göre, “*Öncelikle kanunda yer almayan bir yükümlülüğün kabul edilmesi hukuki güven ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmadığı ileri sürülerek, pozitif düzenlemenin bulunmadığı bir sistemde işverenin hangi işçiyi tercih edeceği güçlükleri beraberinde getirmekte olduğunu söylemiştir. Ayrıca yargı kararlarında sosyal seçim kriterlerinin, herhangi bir koşul, ayırım ve kısıtlamaya tabi tutulmaksızın mutlak bir şekilde uygulanması zorunluluğunun kabul edilmiş olduğu izlenimi verilmiş olmaktadır ki bu husus, işverenin yönetim hakkına ters düşer*”.<sup>443</sup>

Türk İş Hukuku’nda işverenin sosyal seçim yapma yükümlülüğünün bulunmadığı düşüncesi, kanunda bu kriterlere yer verilmemiş olması ve işverenin iş sözleşmesinin feshedilecek işçilerin seçiminde takdir yetkisine sahip olmasına dayanmaktadır. İşverenin bu bakımdan İş Kanunu’nun 5. maddesi ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşme Kanununun 24.

<sup>442</sup> ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur (<http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad9/files/assets/basic-html/page202.html>); Çelik, 224 vd.; Engin, 112 vd.; Kar, 127 vd.

<sup>443</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1008.

maddesi göz önünde bulundurması zorunluluğu dışında kısıtlamaya tabi olmadığı anlamını taşımaktadır. Ancak böyle bir yaklaşım, işvereni sadece kendi menfaatleri doğrultusunda seçim yapmaya teşvik edecektir ki, seçim işletmenin menfaati tartışmasız en verimli olan, en yüksek performansı gösteren ve en yetenekli olan işçiyle iş ilişkisinin devam ettirilmesi yönünde olacaktır. Oysa Alman Hukuku'nda değindiğimiz gibi, bu kıstaslar sadece sosyal seçimin dışına çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde istisnai olarak kullanılabilir.

Türk hukukunda işverenin sosyal seçim yapma yükümlülüğü bulunmadığı düşüncesini ileri süren bazı yazarların sosyal seçim kurumunun temelini “*eşit davranma ilkesi*” ile açıklamaya çalışmış olmaları sosyal seçim ölçütlerinin kabul görmemesine yol açmaktadır. Mesela *Alpagut*'a göre “*İşveren fesih hakkını kullanırken sözleşmesi feshedilecek işçileri serbestçe seçemeyecek olup, aksi yönde davranması halinde ayrımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olacaktır. Bu nedenle işveren iş sözleşmesi feshedilecek olan işçilerin seçiminde ileri sürdüğü gerekçeler açısından da eşit davranma borcu altındadır.*”<sup>444</sup>

Buna karşılık öğretilerde ileri sürülen bir fikre göre sosyal seçim yükümlülüğünün amacı, İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ve işverenin işçiler arasında ayrımcılık yapmasını yasaklayan eşit davranma ilkesini gerçekleştirmek değildir. Burada amaç tam aksine, “*İşveren iş sözleşmesi feshedilecekler arasında sosyal seçim yaparken eşit durumda olmayanlar arasında zayıf konumda olanlar lehine bir tercihte bulunmak*”dır.<sup>445</sup> Böylece iş hukukunun en temel amacı olan işçiyi koruma amacı sosyal seçim kriterleri vasıtasıyla, bu amacın en çok gözetilmesi gereken işçiyi en korumasız bırakan fesih tehlikesine karşı, korunmaya en çok ihtiyacı olan işçinin korunmasını hedefler. Gerçekten de, sosyal seçim kurumunun asıl maksadı, fesihten etkilenecek işçilerin arasından en mağdurunu veya ihtiyaç sahibini saptayarak bu işçileri fesihten muaf tutmaktır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki kural ve kurumlar gerek Türk İş Hukuku'nda gerekse Alman İş Hukuku'nda (bkz. Alman Eşit Muamelede Bulunma Yasası = AGG) ayrıca düzenlenmiş olup, bu konunun sosyal seçimle doğrudan bir bağlantısı olmadığı açıkça söylenebilir. Kuşkusuz, sözleşmesi sona erdirilecek işçileri, özellikle kadınları veya belli inanca mensup olanlar arasından seçmeye çalışan işveren, gözetim borcundan kaynaklanan sosyal seçim yükümlülüğünün yanında ayrımcılık yasağını da ihlal etmiş sayılacaktır. Ancak bu iki kurumun ihlal edilmesi

---

<sup>444</sup> Alpagut, 91 vd.

<sup>445</sup> Güzel-Ertan, 1287.



neticesinde, ilkinde yapılan feshin geçersizliği sonucunu doğurmakta; ikincisinde ise tazminat hakkını beraberinde getirmektedir.<sup>446</sup>

Kanaatimizce, işyeri gereklerine dayalı fesihlerde işverenin, işten çıkarılacak olan işçilerin seçiminde sosyal seçim yükümlülüğünün bulunmaması durumunda, uygulamanın varacağı nihai nokta, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal bakımdan zayıf durumda olan ve korunmaya ihtiyacının değil; verim ve performans gibi unsurların dayanak yapılması olacaktır. Kaldı ki, bu kıstaslar aslında işçiden kaynaklanan fesih sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Feshi gerektirecek ölçüde verimsiz yahut performansı düşük işçinin sözleşmesi zaten işçiden kaynaklanan sebeplere dayalı olarak sona erdirilebilirken, feshi geçerli kılmayacak ölçüde değişiklikler işverence sözleşmenin feshinde yapılacak seçime esas teşkil edebilecektir. Oysa sosyal seçim ölçütleri kullanıldığında da işletme için gerçekten vazgeçilmez ve başarılı işçilerin seçimin dışında bırakılması mümkündür. Öyleyse işveren işletme gerekleri ile fesih yaparken verim ve performansı esas aldığı anda, ne feshi gerektirecek kadar bari düşük performans/verim ne de feshin kapsamı dışında bıraktırmayı gerektirecek kadar başarılı işçi söz konusu olmadığı halde keyfi ölçülere dayalı olarak seçim yapabilecektir. Sosyal açıdan da denetime tabi tutulmayan böyle bir feshin, adalet duygusunu zedeleyecek sonuçlara sebebiyet verebileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki, işveren böyle bir durumda seçim yaparken performans ve verime dayanarak bu işlerden evli ve üç çocuğu olan işçiyi tamamen aynı koşullarda olan bekar işçiye tercih edebilecektir. Bu gibi hallerde birebir aynı koşullar olsa bile işverenin tercihini serbestçe kullanabilmesinin iş hukukunun sosyal yanı ile bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Sonuç itibariyle de, işverenin seçim serbestisini sosyal kriterlere sınırlamayan bu gibi sistemlerde, işverence sadece işletmenin korunması esas dikkate alınarak işten çıkarılacak işçiler tespit edilecektir. Bu durumda da sosyal korumanın sağlanamamasına yol açması endişesi doğmaktadır.

Öğretide ileri sürülen bir fikre göre, sosyal seçim ölçütlerinin işçiyi gözetme borcu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. İşverenin işçiyi “gözetme borcu” işverenin iş sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçinin görmüş olduğu iş dolayısıyla uğrayabileceği tüm zararlara karşı gerekli önlemleri alması, işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınması gibi yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır. İşçiye karşı gözetme borcunun içeriği belirsiz ve soyut bir kavram olduğundan, yargıca geniş bir

---

<sup>446</sup>Güzel/Ertan, 1287.

takdir yetkisi tanındığının altını çizmektedir. Zira kanun koyucu tarafından “çözümlememiş sorunların çözümlenmesini sağlayarak yeni hukuksal ilkelerin oluşmasına olanak sağlar”.<sup>447</sup>

Sosyal seçime ilişkin Türk İş Hukuku’nda açık bir yasal düzenleme bulunmaması durumu sebebiyle haklı olarak, her işverenin farklı yöntemlere dayanarak türlü türlü sosyal ölçülere göre iş sözleşmelerini feshedebilmesi ve böylelikle bir hukuki güvensizliğin oluşacağı endişesi doğmaktadır. Kanaatimizce, bu hukuki belirsizliğin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Öğretide kabul edilen bir fikre göre, sosyal seçim ölçütlerine ilişkin hüküm bulunmaması, işverenin sınırsız bir serbestiye sahip olduğu değil, bir kanun boşluğunun söz konusu olduğu anlamına gelmektedir. *Güzel/Ertan*’ın de ifade ettiği üzere, “*Türk yargıcın elinde yararlanabileceği mükemmel bir hukuki araç*”<sup>448</sup> olarak Medeni Kanunu’nun 1. maddesine dayanarak yasal boşluğu doldurulabilir. Bizim de görüşünü paylaştığımız, *Güzel* “*Hukuku donuk bir kurallar manzumesi olmaktan kurtararak ona çağdaş görünümünü kazandıran bu madde, iş hukuku alanında da geçerlidir*”. Boşluk doldurulurken de çoğu zaman genel hukuk ilkelerden yararlanarak ve menfaatler dengesini göz önüne bulundurarak konuyu çözümlenmektedir.

Bir konuda yasa boşluğunun bulunmasının sonuçları hukukunuzda Medeni Kanunu’nun 1. maddesinde belirtilmiş olup, Yargıç öncelikle, örf ve adet hukukunda bir kural bulunup bulunmadığını araştırarak, örf ve adet hukukunda bir kural yoksa, kendi koyacağı kurala göre hüküm verecektir. Konumuzla bağlantılı olarak örf ve adet hukukunda da sosyal seçime ilişkin bir kural bulunmadığından, yargıç hukuk yaratma yoluna gidecek; bunu yaparken de kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir<sup>449</sup>.

Yargıç, yasal boşluğu doldurmak için kural koyarken yasa koyucu gibi hareket ederek, genel ve soyut nitelikte bir kural koyacaktır. Bu bağlamda, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit edecek, bunları adalet duygusu içinde tartarak hayati ihtiyaçlarını karşılayacak ve mevcut hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşan bir kural bulacaktır. Yargıç hangi menfaatin himaye edilmesi gerektiğini belirlerken, adalet duygusu ile hareket edecektir. İş hukuku alanında hukuk yaratan yargıcın, iş hukukunun zayıf taraf olan işçiyi koruma amacını da göz

---

<sup>447</sup>Güzel-Ertan, 1284-1285.

<sup>448</sup> Güzel/Ertan, 1288.

<sup>449</sup>Karşılaştırmalı hukukta kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin olarak bkz. Güzel/Ertan, 1288.

önünde bulundurarak işçinin menfaatlerini ön plana çıkaran bir çözüm tarzını benimsemesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, yargıcın yasa boşluklarını doldururken İş Kanunu'nun ruhunu ve amacını asla göz ardı etmemesi gerekmektedir. Yargıç, kanun boşluğunu doldururken doktrinden ve karşılaştırmalı hukuktan da yararlanabilecektir.

Türk İş Hukuku'nda yargıcın hukuk yaratarak yasal boşlukları doldurmasına ilişkin bir örnek vermek gerekirse; "*feshin son çare olma ilkesini*"<sup>450</sup> Yargıtay'ın uzun zamandan beri çok isabetli olarak istikrarlı bir biçimde uygulamaktadır<sup>451</sup>. Bu ilkenin Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifade edilen "*sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralları doğrultusunda ifa edilmesi esasına*" dayandığına vurgu yapılmaktadır. Yargıç burada da Medeni Kanunu'nun 1. maddesini uygulayarak hukuki bir boşluğu doldurmuş ve işverene "*fesihle son çare ilkesinin*" uygulama esaslarını önermiştir.

Nitekim uygulamada yasamadan fazla yargının somut olaylarla karşı karşıya gelmesi ve kanun koyucunun bazı durumları bir kanunu oluştururken öngörememesi veya daha sonra fark etmemesi gibi durumlarda, toplumun aşikar hukuki sorunlarına kayıtsız kalmanın ve bununla beraber hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına izin vermenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

#### D. Türk İş Hukuku Açısından "*Sosyal Seçim Ölçütlerine*" İlişkin Öneriler

Kanaatimizce, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki sosyal seçim kurumunu da örnek olarak sosyal seçim ölçütleriyle ilgili olarak bir çözüm önerisi üzerinde durmak isabetli olacaktır. Bize göre, işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshi yoluna gidecek işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçiminde tamamen özgür bırakılması, iş güvencesi sisteminin gereği gibi işlev görmesi bakımından eksikliğe yol açacaktır. Her ne kadar bu gibi seçimlerde işverenin eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğünden söz edilebilirse de, sosyal seçim ölçütleri ayrımcılık yasaklarından farklı esaslar öngörmektedir. Kaldı ki, Yargıtay kararlarında da farklı kriterlere başvurulması (sosyal seçim, objektif kriter, hukuken korunabilirlik vb.)<sup>452</sup> uygulamada aslında böyle bir ihtiyacın söz konusu olduğunu düşündürmektedir.

<sup>450</sup> Feshin son çare olmasına ilişkin 2. bölümün 2. ve 3. kısmına bkz.

<sup>451</sup> Başka örnekler için bkz. Güzel/Ertan, 1291.

<sup>452</sup> Yargıtay'ın görüşü için 3. bölümün 2. kısmına bkz.

Konuyu somutlaştıracak olursak; işyeri gereklerine dayalı feshin kaçınılmaz olması ve bazı iş bölümlerinin ortadan kalkması sonucunda bir veya daha fazla işçinin iş sözleşmelerinin işverence feshinin kaçınılmaz hale gelmiş olduğu durumlarda başvurulacak sosyal seçim, feshin geçerliliğinin denetiminde uygulama alanı bulmalıdır. Bu amaçla öncelikle karşılaştırılabilir işçi grubu oluşturulması, yani fesih işleminden önce işçiler arasından bir grup oluşturulması gerekmektedir. Bu gruptan istisna tutulacak olanlar işveren istediği takdirde çıkarılıp, daha sonra ise sosyal seçim ölçütleri uygulanmalıdır.

Ancak her ne kadar öğretilerde Yargıtay tarafından geliştirilecek kriterlerle, sosyal seçim ölçütlerinin uygulanabileceği haklı gerekçelerle savunulmuşsa da, bunun uygulanabilmesi için bize göre en doğru yöntem bir yasa değişikliği ile sosyal seçim ölçütlerinin kabul edilmesidir. Çünkü, Yargıtay kararlarının istikrarlı bir hal almasının uzun zaman alacak olması, bu süreçte bazen istikrarlı olmayan kararlar verilebilme ihtimali, ayrıca son yıllarda sıkça karşılaşılan daireler arası görüş farklılıkları yahut dairelerin içtihadı birleştirme kararı da verilmeksizin görüş değiştirebilmeleri gibi sakıncalar ortaya çıkabilecektir. Bu açıdan Alman Hukuku'nda bahsettiğimiz kriterler örnek olarak alınabilir ayrıca gerekli gördüğü takdirde yasa koyucu ülkenin özelliklerini de dikkate alarak bu kriterlere ek kriterler tespit edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yukarıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz üzere Alman Hukuku'nda kanunda düzenlenen kriterler olmasına rağmen bu kriterlerin nasıl uygulanması gerektiği yahut eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği gibi sorunlar yargı kararı ile çözülmeye çalışılmaktadır.

### 1. Karşılaştırılabilir İşçilerden Oluşturulacak Bir Grup

Sosyal seçimin yapılabilmesi, fesih işleminden önce karşılaştırılabilir işçilerden oluşturulacak bir grubun belirlenmesine bağlıdır. Yargıtay, sosyal seçimle ilgili verdiği bazı kararlarında karşılaştırılabilir işçi olarak işyerinde aynı işi üstlenen işçilerinden bahsetmiş, bununla birlikte ayrıntıya girmemiştir<sup>453</sup>. Bu yaklaşımıyla Yargıtay'ın karşılaştırılabilir işçiler grubunun işyerindeki işçiler arasından belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüşünün son derece isabetli ve özellikle Alman hukukuna yakın bir görüş olduğunu söyleyebiliriz. Alman Hukuku'nda bu konuda tartışmasız olarak yalnız işletmesel kararını uygulanacak bölüm veya birimde aynı

---

<sup>453</sup>Kazancı: Yargıtay 9. HD. 9.10.2006, 2006/17907 E., 2006/26027 K.; 15.5.2006, 2006/10807 E., 2006/13509 K.; 1.5.2006, 2006/4745 E., 2006/12211 K.; 3.4.2006, 2006/4878 E., 2006/8253 K.; 13.3.2006, 2006/2894 E., 2006/6224 K.

işverene tabi olan ve aynı veya benzeri işi gören işçiler arasında bir grup oluşturulması gerektiğini daha önce belirtmiştik<sup>454</sup>; aynı esasın Türk Hukuku açısından da benimsenmesi isabetli olacaktır.

“Öğretide isabetli olarak” karşılaştırılabilir işçiler grubu oluşturulmadan önce bu gruba kesinlikle dahil edilemeyecek bazı işçi gruplarının belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>455</sup> Burada ilk olarak, işyerinde alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerle, İş Kanunu’nun 7. maddesi gereğince bir başka işverenden geçici olarak devralınan işçiler “*aynı işverene tabi işçi*” söz konusu olmadığından, yani bir başka işverenin işçisi olduklarından, bunların karşılaştırılabilir işçi olarak sayılmaması gerekir. Ayrıca İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesinin kapsamı dışında bulunan altı aydan daha az kıdemli işçiler de kapsam dışı işçiler, bunun gibi sözleşmesi süreli fesih yolu ile sona erdirilemeyecek belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de bu gruba dahil edilemezler. Karşılaştırılabilir işçilerin tespitinde sadece işçinin o anda yaptığı işin değil, sözleşme gereğince yapabileceği ve niteliklerine uygun olan diğer işlerin de dikkate alınması gerekir.

## 2. Sosyal Seçim Ölçütleri

Alman İş Hukukunda kabul edilen dört sosyal seçim kriteri olan; kıdem, yaş, bakım yükümlülüğü ve ağır engellilik hallerini, Yargıtay’ın yukarıda bahsettiğimiz eski tarihli kararlarında da kıstas olarak almış ve sosyal ölçütleri şu şekilde sıralanmıştır; kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi (=bakım yükümlülüğü) veya genç olma (yaş).<sup>456</sup>

İşten çıkartılacak işçilerin seçiminde Alman İş Hukuku’na benzer şekilde dört sosyal ölçütün uygulanmasının Türk Hukuku bakımından da yerinde olacağını düşünmekteyiz. Öğretide Güzel/Ertan tarafından isabetli olarak bu kriterlerden Alman İş Hukuku’nda da tartışmalı olan ve AB 2000/78 Yönergesine aykırı olup olmadığı tartışılan, yaş kriteri yerine - yaşlılık aylığına hak kazanmış olunması durumunun esas alınması gerektiği savunulmuştur. Kanaatimizce de, özellikle de Almanya’da tartışma konusu olan yaş kriterinin ölçüt olarak alınmaması yerinde olacaktır<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> Karşılaştırılabilir işçilerin seçimine ilişkin 3. bölümün 1. kısmına bkz.

<sup>455</sup> Güzel/Ertan, 1292.

<sup>456</sup> Yargıtay 9. HD. konuya ilişkin kararlarına dair 3. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>457</sup> “Yaş” kriterine ilişkin 3. bölümün 2. kısmına bkz.

Bir yandan Avrupa Birliği Yönergesi diğer yandan İş Kanunu'nun 5. maddesinde “*yaşın bir sosyal ölçüt olarak kabul edilmiş olmasının zaten açıkça sayılmış olmasa dahi, maddede geçen “benzeri sebepler(...)” ibaresine aykırı olacağıının düzenlenmiş olması bizi bu düşünceye yöneltmektedir. Alman İş Hukuku'nda yaşın aslında Eşit Davranma Kanunu'nun 10. maddesinin, 3. cümlesine ve 2000/78 Yönergesi'nin 6. maddesinin a) bendine aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere Federal Alman İş Mahkemesi yaş unsurunun ayrımcılığa yol açmadığı kanaatindedir; burada karşılaştırılabilir yaş gruplar içerisinde seçim yapıldığında bir denge sağlanıyor olmasına dayandırmaktadır.*<sup>458</sup>

Alman İş Hukuku'ndaki bu tartışma Avrupa Adalet Divanı'na taşınmış, neticede de uygulamanın sosyal aykırılık oluşturup oluşturmadığının üzerinde durulmuştur.<sup>459</sup> Sonuç itibarıyla Alman İş Hukuku'nda amaca uygun kanunen haklı bir sebebe dayandırarak, Yönergenin 6. maddesiyle Eşit Davranma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan düzenleme gereğince sosyal seçim yaparken, yaş unsurunun amaca uygun bir şekilde değerlendirmesi gerektiği hukuken kabul edilmiştir. Ayrıca Alman İşsizlik İstatistik Kurumlarının verilerine dayanarak “*Yaş unsuru göz önünde bulundurulduğunda, işsizlerin sayısı daha genç veya daha yaşlı işçiler açısından büyük bir farklılık göstermediği*” gerekçesine dayandırılarak yaş unsurunun değerlendirmeye dahil edilebileceği yerinde bulunmuştur.<sup>460</sup>

Ayrıca burada da 2000/78 sayılı AB Yönergesine göre, genç işçilere karşı bir ayrımcılık söz konusu olup olmadığı tartışılmıştır. Fakat Alman Eşit Muamele Kanunu'nda bulunan söz konusu Yönergenin düzenlemesinde objektif yerindelik ve uygunluk görüldüğünde makul bir hedefe dayalı yapılan yaş ayrımı kanunen haklı veya geçerli sayılmaktadır.<sup>461</sup> Türkiye'de

---

<sup>458</sup> BAG: Lebensalter als zulässiges Kriterium der Sozialauswahl (FD-ArbR 2012, 333128, beck-online); Ein etwa – inhaltlich mit dem Verbot der Altersdiskriminierung in der Richtlinie 2000/78/EG des Rates übereinstimmender – allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts steht Regelungen, die an das Lebensalter anknüpfen, nicht im Wege, so lange sie durch legitime Ziele gerechtfertigt sind. (NZA 2008, 405, beck-online)

<sup>459</sup> BAG 12.4.2011, AP Nr. 215; Waltermann NZA 2005, 1265, 1269.

<sup>460</sup> v.Hoyningen-Huene/Linck, 974.

<sup>461</sup> 2000/78 sayılı AB Yönergesinin Alman Ayrımcılık Yasasındaki Düzenlemesi; Par. 10 AGG Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters; (...) Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie **objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt** ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können sein: Nr. 4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen.

yapılan genel işsizlik istatistiklerine bakıldığında da işsizlik oranının gençler arasında daha (15-24 yaş grubu arasında) fazla olduğu görülmektedir.<sup>462</sup>

Öğretide de hem yaş hem kıdem ölçütü birlikte dikkate alındığında iki ölçütünde yaşlı işçiler lehine olup, ayrıca işverenin menfaatlerine de aykırı olacağı görüşünü savunan *Güzel/Ertan*, bu nedenle yaşın bir sosyal ölçüt olarak kabul edilmesini uygun bulmadığını da isabetle ifade etmektedir<sup>463</sup>.

Engellilik hali ise kanaatimizce Türk Hukuku açısından daha da büyük önem arz etmektedir. Çünkü ülkemizde engelli istihdamının Avrupa Birliği ülkelerine oranla çok daha az olduğu göz ardı edilemez bir gerçektir. Özellikle de engelli istihdamı zorunluluğu kapsamında istihdam edilen işçiler belirli sayıda işçi çıkarılıp da istihdam zorunluluğu ortadan kalkacak olursa, en kolay gözden çıkarılan işçiler olabilecektir.

### 3. İspat Yükü ve Sosyal Seçime Aykırılığın Yaptırımı

Sosyal seçimin hatalı olduğu ileri sürülerek işe iade davası açılmış ise, sosyal seçimin hatalı yapıldığına ilişkin ispat yükünün kimde olacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Yargıtay'ın konuyla ilgili verdiği sınırlı sayıda kararlarda sosyal seçimle ilgili ispat yükünün kimde olduğuna dair bir açıklamaya yer vermemiştir.

Kanımızca, sosyal seçimin işveren tarafından hatalı uygulandığı, bunu ileri süren işçi tarafından kanıtlanmalıdır.<sup>464</sup> Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, ispat yükü konusunda genel kural, bir olgunun varlığını iddia eden tarafın bunu kanıtlamak zorunda olduğudur; ispat yükünün davalı taraf aleyhine çevrilebilmesi için ayrıca pozitif bir düzenleme gerekmektedir.

İşe iade davalarında ispat yükünü işverenin aleyhine tersine çeviren İş Kanunu'nun 20. maddesinin, 2. fıkrası ise, sadece feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının ispatıyla ilgili olup; bu hükmün sosyal seçimle ilgili ispat yüküne de uygulanması düşünülemez. Bununla birlikte, işverenin iş sözleşmesinin feshi anında işçiye yapılan sosyal seçimle ilgili

---

<sup>462</sup><http://disk.org.tr/2015/10/issiz-yalniz-kalmadi-son-3-yilda-2-issizin-yanina-bir-issiz-daha-ilave-oldu/>

<sup>463</sup>Yaş unsuruna ilişkin 3. bölümün 2. kısmına bkz.

<sup>464</sup> 6100 s. HMK m. 190, 191.

olarak bilgilendirmediği hallerde, işçinin ispat yükümü konusunda çok da katı davranmak isabetli olmayacaktır. Zira başta iş sözleşmesi feshedilmeyen karşılaştırılabilir işçilere ilişkin veriler olmak üzere sosyal seçimle ilgili bilgilere sahip olmayan bir işçiden, işverenin sosyal seçimi hatalı bir şekilde yapıldığını kanıtlaması beklenemez.<sup>465</sup>

Yargıç, böyle bir durumda işverenden sosyal seçimin ne şekilde gerçekleştirildiğine ilişkin gerekli bilgileri talep etmelidir.<sup>466</sup> İşveren bu bilgileri mahkemeye sunmadığı takdirde, yargıç işçinin davasını kabul ederek işçinin işine iadesine hükmedilmelidir.

İşverenin sosyal seçim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinin yaptırımını ise, feshin geçersizliğidir. Sosyal seçim yükümlülüğü de fesihle son çare ilkesi gibi iş güvencesi sisteminin ayrılmaz bir unsuru olduğundan ve sosyal seçime ilişkin yargı denetimi işe iade davalarının esasını oluşturduğundan, bu sonucu doğal karşılamak gerekmektedir.

### III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İlk bölümde genel olarak iş sözleşmesinin fesih dışı haller ile fesih yoluyla sona erme hususlarını tespit ettik. İkinci bölümde iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden kavramını ayrıntılı olarak inceledik. Ayrıca iş güvencesi kapsamında geçerli neden türlerine hem Türk Hukuku hem de Alman Hukuku açısından mukayeseli olarak ele aldık. Son bölümde amacımız sosyal seçim ölçütleri kavramlarının değerlendirilmesi olmuştur. Çalışmamızda Yargıtay'ın sosyal seçime yer veren eski tarihli kararları ile yeni tarihli kararları, Alman İş Hukuku'nda düzenlenen sosyal seçim kriterleri ve Federal Alman İş Mahkemesinin bu kriterleri uygularken yer verdiği temel prensipler, Türk İş Hukuku öğretisinin sosyal seçim ölçütlerine bakış açısı esas alınarak değerlendirmede bulunulmaya çalışılmıştır. Türk İş Hukuku öğretisinde çoğunluk görüşü ve son dönem Yargıtay kararlarında işletme gerekliliklerine dayalı fesihlerde sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasının kabul görmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce, işyeri, işletme ve işin gerekleri gibi sebeplerle sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öğretide de bu husus bazı yazarlarca isabetle belirtilmiştir. Bizim de taraftarı olduğumuz bu görüşe göre, iş hukukunun en temel amacı olan işçiyi korumak olduğundan, sosyal seçim kriterleri vasıtasıyla, bu amacın en çok gözetilmesi gereken işçinin saptanmasında önemli bir sistem oluşturmasıdır. Söz

---

<sup>465</sup>Alman Hukukunda İspat Yükümüne ilişkin 3. bölümün 1. kısmına bkz.

<sup>466</sup> 6100 s. HMK m. 31 uyarınca.



konusu işletmesel sebeplere dayalı yapılan fesihlerde, işçinin işverene karşı korumasız bırakan fesih tehlikesine karşı, korunmaya en çok ihtiyacı olan işçinin saptanması için sosyal seçim kriterlerinin ölçü olarak alınması isabetli olacaktır. Nitekim, sosyal seçim kurumunun asıl fonksiyonu, fesihten etkilenecek işçilerin arasından en mağdurunu veya ihtiyaç sahibinin tespit edilerek fesihten muaf tutulmasıdır. Alman İş Hukukunda yerleşik içtihat halinde olan ve Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda açıkça belirlenmiş olan sosyal seçim kriterli Türk İş Hukuku açısından da işletme gereklerine dayalı yapılan fesihlerde uygulanması gereken önemli bir düzenlemedir. Bize göre, sosyal seçim ölçütlerinin uygulanabilirliğini sağlamak açısından en doğru yöntem ise kanun değişikliğine gidilerek, iş güvencesi sistemimize bu ölçütlerin de dahil edilmesidir. Bununla birlikte öğretilerde ifade edildiği üzere kanun boşluğunun var olduğu görüşü kabul edilerek de bu ölçütlerden yararlanması mümkün olabilecektir.

#### KAYNAKÇA

Akan, Hande; İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Sebep Fesih (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.

Akıncı, Çağdaş; İş Sözleşmesinin İşçinin Yeterliliği ve Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Bir Sebep Feshi ve Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Manisa, 2008.

Aktay, Nizamettin; Arıcı, Kadir; Senyen, Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitapevi, 5. Baskı, Ankara 2012.

Akyiğit, Ercan, İctihatli ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanununun ve Şerhi (Cilt 1), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

ALPAGUT , Gülsevil, “ İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur. [webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz8-2/pdf/ebirben.pdf](http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz8-2/pdf/ebirben.pdf);

Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2013

Anderfuhr/Buschmann, Arbeitsrecht, Kündigung, Sozialauswahl.

([www.anderfuhr-buschmann.de/arbeitsrecht/kuendigung/kuendigung\\_sozialauswahl.htm](http://www.anderfuhr-buschmann.de/arbeitsrecht/kuendigung/kuendigung_sozialauswahl.htm))

Erişim Tarihi: 1/03/ 2013.

Anscheid, R.,Preis, U., Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München, 2012.

Aras, Talip İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-119-1501>); TBB Dergisi

Erişim Tarihi: 2015.

Arslan Ertürk, Arzu, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayırımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15).

Birben, Erhan, İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi (<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/18-erhanbirben.pdf>)

Erişim Tarihi: 2015.

Birben, Erhan; İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları: (<http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf>)

Erişim Tarihi: 2015.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Centel, Tankut, İş Güvencesi, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2012.

Çalık, Şefik, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul Legal Yayınları 2005.

Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları 2013.

Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayın, İstanbul 2014.

Çelik, Nuri İş Güvencesi Kapsamı ile İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerinde Düşünceler (<http://ticaret.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00184.pdf>)

Erişim Tarihi: 15/09/2014.

[http://www.ishukuku.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=110&Itemid=23](http://www.ishukuku.org/index.php?option=com_content&task=view&id=110&Itemid=23),

Erişim Tarihi: 13/10/ 2010.

<http://www.osmanozulku.av.tr/avukat-makale/is-sozlesmelerinde-gecerli-nedenle-fesih.html>,

Erişim Tarihi: 27/09/2010.

Çelik, Çağrı, İş Sözleşmesinin İşçinden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2006.

Çomoğlu, Ayşe Tuba; İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarına Dayanan Geçerli Nedenle Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008.

Demir, Deniz, Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımı, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14).

Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwalts-Kommentar Arbeitsrecht, 6. Auflage, Luchterhand Verlag, 2014.

Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Verlag C.H. Beck, München 2013.

Engin, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Fesih, Beta Yayın, İstanbul, 2003.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Dietrich/Hanau/Schaub, 14. Auflage, C. H. Beck München 2014.

Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Grobys/Panzer, Stichwortkommentar, 1. Auflage, Nomos Verlag 2012.

Güler, Şeref; Türk İş Hukukunda Geçerli Nedenle Fesih ve Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2008.

Güneş, Başak / Mutlay, Faruk Barış, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne

İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi; Çalışma ve Toplum 2011/3 (30).

Güzel, Ali; İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenlerle Feshin Son Çare İlkesinin Gözetilmesi Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1.

Güzel, Ali; Ertan, Emre, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri İstanbul Legal Yayınları, No 16, 2007, S. 3-46.

Güzel, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare İlkesi ve Uygulama Esasları), İstanbul Legal Yayınları, No 49, 2005.

Kandemir, Murat; “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Sayı 6, 2005.

Kar, Bektaş, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, 2008/2 (17).

Kara, Etem; İş Sözleşmesinden İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2006.

Kara, Etem, İş Sözleşmesinin İşveren tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Bilge Yayınevi, Ankara 2007.

Keser, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2012.

Kılıçoğlu, Mustafa, Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul 2012.

Köse, Kubilay; 4857 Sayılı Yeni İş Yasasında İş Güvencesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya, 2007.

Kunt, Püren; İşçinin Performansı Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.

Manav, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Turhan kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I) Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Nomos Kommentar, Fiebig/Gallner/Nägele, Kündigungsschutzgesetz, 3. Auflage, Nomos 2013.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, 10. Baskı.

Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayın, İstanbul, 2012.

Topal, Güneş, Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut; İş Hukukunun Genel Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Vahlen Jura Lehrbuch, Raimund Waltermann, Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2014.

v.Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, 15. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2013.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2014.

Yenisey, Doğan İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil I, 2, Haziran 2006.