

ÖZET

İş Sözleşmesinin Geçerli Sebep ile Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri

Sözleşme özgürlüğü ilkesi sözlükte tarafların devlet müdahalesi olmaksızın kendilerini bağlayıcı sözleşmeler yapma hakkı olarak tanımlanmaktadır. Ancak, iş sözleşmelerinde işçiler geleneksel olarak sözleşmenin zayıf tarafını oluşturduğu için devlet müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu durumda, işçinin sözleşmesi ancak kendi yeterliliğinden veya davranışından ya da işin, hizmetin yahut işyerinin işletmesel gerekliliklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple feshedilebilecektir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan ultima ratio ve sosyal seçim ilkeleri bu müdahaleye tartışmalı bir biçimde hizmet etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme Özgürlüğü, Zayıf Taraf, Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri

ABSTRACT

The Principles of Ultima Ratio and Social Selection in the Termination of Employment Contract for Valid Reason

In the dictionary, the principle of freedom of contract is defining as the right of individuals to consent to binding contract without government intervention. Since workers are traditionally the weak party, government intervention become unavoidable for labor contracts. In this case, worker's employment cannot be terminated without showing any valid reasons for such termination connected with worker's capacity, conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service. The principles of ultima ratio and social selection on which this paper focuses, mostly serve this intervention in a debatable way.

Keywords: Freedom of Contract, Weak Party, the Principles of Ultima Ratio and Social Selection

İş Sözleşmesinin Geçerli Sebeple Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri



Nazlı Töre*

GİRİŞ
İşveren ile işçi, bir mal veya hizmetin üretimi amacıyla bir araya gelmektedir. Bu birlikteliğin temelinde iş sözleşmesi vardır. İş sözleşmelerinin varlığı, esas itibariyle, Roma hukukuna kadar uzanmaktadır. Bugün iş sözleşmelerinin birçok hukuk sisteminde borçlar hukuku alanında düzenlenmiş olması da bu köklü gelenekten kaynaklanmaktadır¹. Borçlar hukukunda “sözleşme özgürlüğü” prensibi geçerlidir. Bu ilke çerçevesinde taraflar sözleşme yapmakta ve sözleşme yapacakla-

rı kişiyi seçmekte özgür oldukları gibi, yapmış oldukları bir sözleşmeyi sona erdirmekte de özgürdürler. Bu doğrultuda, bir iş sözleşmesi akdeden işveren ile işçi, bu sözleşmeden umduklarını elde edemedikleri takdirde bunu sona erdirmeye imkânına sahip olmaktadır. Bununla birlikte, işçinin ekonomik bakımdan geleneksel olarak iş sözleşmesinin zayıf tarafı olması sebebiyle korunması lüzumu bulunmaktadır. Çeşitli hukuk sistemlerindeki düzenlemelere bakıldığında, bu korumanın istihdam yaratılarak rekabet gücünün artırılması ile işçinin korunması arasındaki tercihe göre dereceli

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Öğrencisi
nazlitore@gmail.com

1 TUNÇOMAĞ, K., (1971).Türk İş Hukuku. İstanbul, 12.

olarak anayasa, kanun ve benzeri hukuki enstrümanlarla sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Nitekim T.C. Anayasası'nın 49. maddesinde “*çalışma herkesin hak ve ödevidir*” denildikten sonra “*devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, neredeyse 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde yer alan hükmün birebir kopyasıdır. Fransa'da çalışma hakkı bugün için 1946 tarihli Anayasa'nın giriş kısmında düzenlenmiştir. Belçika'da çalışma hakkı Anayasa'nın 23. maddesinde garanti altına alınmıştır. Yine, Lüksemburg Anayasası'nın 2. maddesinde “*bütün yurttaşların çalışma hakkı vardır*” denilmektedir. Portekiz Anayasası iş güvenliğini temin ederken, geçerli bir sebebe dayanmayan fesihleri yasaklamaktadır. Buna karşılık, Almanya'da işçinin korunması ayrı bir kanunla, Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz-KSchG) ile sağlanmaktadır. İskandinav ülkelerinde ise işçinin korunması anayasa, kanun hükümleri ve toplu sözleşme hükümlerinin yanı sıra işverenin inisiyatifiyle başlatılan ve hukuken feshe karşı koruma sağlayan çeşitli mekanizmalarla olmaktadır.

Görüldüğü üzere, çağdaş iş hukuklarında işçiyi korumak üzere çok çeşitli düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır. Bunların

içinde en kayda değer olanı, hiç kuşkusuz, işçinin geçerli sebepler bulunmaması halinde işveren tarafından işten çıkartılmasının zorlaştırılmasıdır². İşte aşağıda inceleme konusu yapılan *ultima ratio* ile *sosyal seçim* ilkeleri işveren tarafından geçerli bir sebep bulunmaksızın yapılan işten çıkartmaları zorlaştırma amacına hizmet etmektedir. *Ultima ratio* ile *sosyal seçim* ilkelerinin, esas itibarıyla, birbirleriyle herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Gerçekten, feshe karşı koruma hukukunda geçerliliği tartışmasız biçimde kabul edilen *ultima ratio* ilkesi, işverenin menfaatlerini daha hafif önlemlerle gerçekleştirme imkânına sahip bulunmadığı halde, son çare olarak, iş sözleşmesini feshetme yoluna gidebileceğini ifade etmektedir. Buna karşılık, *sosyal seçim* ilkesi işyeri gereklilikleri dolayısıyla yapılan toplu işten çıkarmalarda hangi işçilerin işine son verileceğinin tayininde kullanılmaktadır. Bu farklılığa rağmen, her iki ilke de işten çıkartmalarda keyfiliğe mani olmaktadır. Her iki ilkenin hukuki temelinde, işverenin işçiyi koruma (gözetme) borcu bulunmaktadır.

² İşverenin işçinin yetersizliğine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir sebebi olmadıkça iş ilişkisine son vermesini zorlaştıran bir başka düzenlemeye Uluslararası Çalışma Örgütü'nce hazırlanan 158 sayılı “İş İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme” de rastlanılmaktadır. Anılan Sözleşme 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilerek, 24 Kasım 1985 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur. Bu sözleşme, yine sözleşmede belirtilen istisnalar haricinde tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanmaktadır.

I. Geçerli Sebep Fesih

İş Kanunu'nun 18. maddesinde 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak işçinin belirsiz süreli sözleşmesini fesheden işverene, feshi işçinin yeterliliğinden veya davranışından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekliliklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırma yükümlülüğü getirilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu geçerli sebep kavramına kanun metninde kesin bir açıklık getirmemiş; bunun yerine, söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırmaya çalışarak bazı örnekler vermeyi tercih etmiştir. İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ile ilgili sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise işyeri ile ilgili olmaktadır. Bu sebeplerin madde içinde belirtilmesi geçerli sebep kavramını bir ölçüde somutlaştırmaktadır. Ancak somut olayda geçerli sebebin işçinin kişiliğinden mi kaynaklandığı; yoksa işyeri ile mi ilgili olduğunu mahkeme tayin edecektir. Geçerli sebepler, 25. maddede ayrıca düzenlenen sebepler kadar ağır olmasalar da, işin ve işyerinin gidişatını olumsuz etkileyen hallerdir. Bu sebeple, feshiye yol açan geçerli sebepler işçinin iş görme borcunu bizzat kendisinden yahut işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin iş ilişkisinin işveren açısından

önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, sahip olduğu niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmanın giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini geliştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, iş yerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleri sayılabilir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, temelde işçinin iş sözleşmesine aykırı davranmasından kaynaklanmaktadır. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da işverende zararın tekrarı tedirginliği uyandırmak, 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 ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, çalışma saatleri içinde tembellik etmek, kitap, dergi ve gazete okumak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak, izin almaksızın amirlerinin veya iş arkadaşlarının özel belgelerini incele-

mek, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek, bir şoför için makul surette davranma iktidarını engellemesi kaydıyla alkollü içki almak gibi haller verilebilir.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. Bu bakımdan, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa fesih için geçerli bir sebep sayılamaz.

Öte yandan, geçerli sebeplerle fesih işleme yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih sebepleri işyerinin dışından kaynaklanabileceği gibi, işyerinin içinden de kaynaklanabilir.

İşyerinin dışından kaynaklanan sebepler, sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı şeklinde sıralanabilir. Elbette bu sebeplerden birisinin varlığı tek başına feshe olanak tanımaz, fesih için bir de bunun işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız hale getirmesi gerekir.

İşyeri içi sebepler ise, işyerinde yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojilerin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir³.

Alman hukukunda da, iş sözleşmelerinin feshi, bizatihi işçinin kendisinden kaynaklanabileceği gibi, işçinin istihdamına imkân bırakmayan acil işletme gereklerinin ortaya çıkmasıyla da söz konusu olabilmektedir. Diğer bir deyişle, işçinin işteki yetersizliğinden veya tutumundan kaynaklanan bir sebep olmadıkça ve işletme gereklilikleri de işçinin işten çıkartılmasına lüzum bırakmadıkça fesih için geçerli bir sebep oluşmamakta ve böyle bir durumda yapılan fesih sosyal açıdan haksız bir fesih olmaktadır. Alman kanun koyucu Türk kanun koyucusuyla benzer şekilde, geçerli sebep kavramının işçinin doldurulmasını yargı organlarına bırakmıştır. Bununla birlikte Alman kanun koyucu Türk kanun koyucudan farklı olarak, şayet işçi hâlihazırda hizmet verdiği işverene ait başka bir işyerinde istihdam edilebilecekse; bu takdirde feshin geçerli olmayacağını hüküm altına almıştır. Bu bakımdan, Alman kanun koyucu işverene yargı kararları çerçevesinde, işçinin sözleşmesini feshetmeden önce, işçinin kendisine bağlı olan bir başka işyerinde istihdam edilme olanağının bulunup bulunmadığını

3 GÜNAY, C.İ. (2009). *İş Kanunu Şerhi*. Ankara. .I, 662-663.

araştırma ödevi getirmiştir. Bu araştırmanın ancak olumsuz sonuçlanması durumunda, feshin geçerli bir sebebe dayandığına hükmedilebilecektir. Yıllar içinde Federal Mahkeme tarafından oluşturulan içtihat da bu doğrultuda şekillenmiştir⁴.

Fransız hukukunda, iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi için gerçek ve ciddi bir sebebin (motif réel et sérieux) varlığı aranmaktadır. Bu anlamda, işçinin davranışları gerçek ve ciddi bir sebep olarak kabul edilmektedir. Mahkeme, şayet iş sözleşmesinin feshi için ortada gerçek ve ciddi bir sebebin bulunmadığına hükmederse; işveren işçinin en az 6 aylık ücretini tazmin etmeye mahkûm olur⁵.

Avusturya hukukunda, işveren bildirimde bulunmak suretiyle, iş sözleşmesini herhangi bir sebebe dayanmaksızın feshetme hakkını haizdir. Bununla birlikte, işveren önemli bir sebebi varsa, bildirimde bulunmaksızın ve kanunda gösterilen sürelerle uymaksızın sözleşmeyi feshedebilecektir. Avusturya'da önemli sebebin tayini kanunlar tarafından yapılmaktadır. Bunlara örnek olarak, işçinin suç işlemesi yahut iş, işyeri ya da işverene ilişkin sırları ifşa etmesi gösterilebilir⁶.

Belçika'da işveren ortada önemli bir sebep (motif grave) bulunduğu zaman, bildirim veya tazminata gerek kalmadan sözleşmeyi sonlandırabilmektedir. İşveren ile işçi arasındaki mesleki işbirliğinin devamını dönüşü olmayan bir biçimde engelleyen her türlü sebep önemli kabul edilmektedir. Bu bakımdan, ortada böyle önemli bir sebep

yoksa, işverenin ya bildirim sürelerine riayet etmesi ya da belli bir miktar tazminat ödemesi gerekecektir⁷.

Hollanda'da işverenin iş sözleşmesini feshetmeden önce, İş ve Kazanç Merkezi'nden (Centrum voor werk en inkomen) izin alması zorunludur. İş ve Kazanç Merkezi'nden izin çıkması halinde, yapılan fesih işlemi makul (redelijk) sayılmaktadır. İş sözleşmesinin feshi işçinin yetersizliğinden kaynaklanabileceği gibi, toplu işten çıkarmalar ve diğer sebeplere bağlı olarak da gerçekleşebilir. Merkez'den fesih izni alan işverenin, belirtilen sürelerle uyararak bildirimde bulunması gerekir. Sözleşmenin ciddi bir sebebe (opzegging wegens dringende reddend) dayanılarak bildirimsiz olarak feshedilmesi mümkün ise de pek tercih edilen bir yöntem değildir⁸.

İskandinav ülkelerinde, Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olarak, işverenin iş sözleşmesini ancak işçinin yetersizliği veya tutumu ya da üstlenilen işin, hizmetin yahut işyerinin işletmesel gerekliliklerinden doğan geçerli bir sebebe dayanarak feshedebileceği düzenlenmiştir.

4 HEKİMLER, A., (2007). *Federal Almanya Yargı Kararları Işığında Geçerli Neden Kavramı ile İlgili Son Gelişmeler. İşveren*, 45,7,,51.

5 *European Commission (2006) Termination of Employment Relationships, Legal situation in the Member States of the European Union*, , 58.

6 *European Commission (2006)*, 56.

7 *European Commission (2006)*, 56.

8 *European Commission (2006)*, 59.

II. Ultima Ratio İlkesi

Latincede düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelen “*ultima ratio*” ilk kez askeri alanda ve top atışının son çare olması gerektiğini ifade etmek üzere kullanılmıştır. İş hukukunda ise *ultima ratio*, feshe karşı koruma hukukunun en temel argümanı olarak dikkati çekmektedir. Zira iş hukukunda iş sözleşmesinin devamı ve işçinin korunması öncelikli konudur. Buna göre, işveren işçiyi geçerli bir sebebe dayanmaksızın işten çıkartmamakta ve fesih yoluna ancak diğer tüm çareler tükendikten sonra başvurulabilmektedir⁹. Bu şekilde, işçiler işyeri ile bir ölçüde özdeşleştirilerek, onların emeklilik yaşına kadar aynı yerde çalışmaya devam etmeleri temin edilmektedir¹⁰.

Feshe giderken işverenden beklenen fesih dışında bütün yolları denemesi ve feshe en son çare olarak bakmasıdır¹¹. Bu bakımdan, fesih için geçerli bir sebebin varlığı araştırılırken, işverenin sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Aksi halde, fesihle ulaşmak istenen sonuca ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılacaktır¹². Bu sebeple, işverenin feshi önlemek adına, istihdamda olumsuzluk yaratan her türlü uygulamadan kaçınması gerekmektedir. Çalışma koşullarında değişiklik yapılarak feshin önlenmesi mümkün ise bu denemelidir¹³. Sözgelimi, işveren feshi önlemek için fazla çalışmaları

kaldırabilmeli; işçinin rızasını alarak çalışma süresini kısaltabilmeli ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini getirebilmelidir. Yine, işi zamana yayabilmeli, işçileri başka işlerde çalıştırma yolları arayabilmeli ve gerekli ise işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşma yoluna gidebilmelidir¹⁴. İş güvencesini temel alan bir hukuk sisteminde sözleşmeye bağlılık ilkesi esas, sözleşmenin feshi istisnadır. Bu itibarla, iş ilişkisinin varlığının korunması ve feshe ancak son çare olarak başvurulması zarureti bulunmaktadır. Bununla birlikte, bütün bu sayılan yollar denendikten sonra yahut denenmesine gerek bile kalmadan iş ilişkisinin devamının işveren açısından

⁹ GÜZEL, A. (2005). *İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları*. A. Can Tunca'y'a Armağan. İstanbul, 62.

¹⁰ ÇELİK, N. (2003) *İş Güvencesi*. İstanbul, 9, dn.1.

¹¹ Burada, feshe son çare olarak bakılmasının, sadece işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde değil; ama aynı zamanda işçinin yetersizliği veya davranışları sebebiyle yapılacak fesihlerde de bir gereklilik olduğunu belirtmekte yarar var. Dolayısıyla, sadece işletmeden değil işçinin kendisinden de kaynaklanabilecek olumsuz durumların varlığı halinde de iş ilişkisini devam ettirmenin bir yolu varsa, işveren önce bu yolu denemelidir. (SÜZEK, S.(2009) *İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku*. İstanbul,539.)

¹² SÜZEK, 2009 ,538-539.

¹³ İŞTAR (URHANOĞLU), C.(2009). *Toplu İşten Çıkarma Kapsamında Fesihlerde Son Çare Olma İlkesi Bağlamında İşçiye Değişiklik Önerisi ve Değişiklik Feshi*. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 22, ,556.

¹⁴ TEZEL, Ş. (Ağustos 2007). *İş Akdi Feshinin Geçerli Sebebe Dayandırılmasında Önemli İlke “Ultima Ratio”*. *E-Yaklaşım*, 49.

önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda yapılan feshin artık geçerli bir sebebe dayandığını kabul etmek gerekecektir. Bu bağlamda, ultima ratio ilkesine dayanılarak feshin geçersizliğini ileri sürmek dürüstlük kurallarına aykırı bir davranış teşkil edecektir. Sözgelimi, yaşı sebebiyle görme yetisi iyice zayıflamış bir kişinin başka bir işte çalıştırılması söz konusu olamayacağı gibi, yeniden eğitimi de söz konusu olamayacaktır. Bir avukat ile kısmi veya tam süreli danışmanlık hizmeti içeren iş sözleşmesi yapan bir işverenin hukuk danışmanlığı hizmetine, bu hizmeti dışarıdan bir hukuk bürosundan almaya karar vermesi sebebiyle gereksinimi kalmamışsa o iş ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla, işverenin son çare ilkelerinden birini uygulaması veya bu yönde bir çaba göstermesi gerekmez. Zira bir avukatın ne yeniden eğitime ne de başka bir işte çalıştırılmasına kural olarak olanak yoktur¹⁵. Sonuçta, işverenden son çare olarak ancak uygulanabilir nitelikte, işletmenin izlediği amaca uygun ve bu amaca ulaşmakta aynı ölçüde elverişli olan önlemleri alması istenebilir. Öte yandan, işverenden aşırı masraflı veya işletmeye zarar verecek önlemler alması ya da işçiye iş yaratması beklenemez¹⁶.

Türk Yargıtayı, feshin geçerli bir sebebe dayanmadığından bahisle açılan çok sayıda davada *ultima ratio* ilkesini uygulamış ve her fesihle bu olgunun varlığını aramıştır. Buna göre, her şeyden önce, işverenin feshi gitmeden önce işçinin işini koruyabilme-

si için makul ölçüler içinde gerekli önlemleri alıp almadığı araştırılmaktadır. Hiç şüphesiz, burada bir mutlakiyet söz konusu olmamaktadır; bilâkis dürüstlük kuralları çerçevesinde bir makullüğün ölçü olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁷.

15 ULUCAN, D. (2007) İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. 4, 301.

16 SÜZEK, 2009, 540.

17 Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 18.1.2010 tarih ve E. 2009/30454, K. 2010/171 sayılı kararında "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 bir şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır." denildikten sonra "işletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve niteliğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri, ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. "

17'nin devamı

Aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.2.2010 tarih ve E.2010/2289, K. 2010/4201 sayılı bir başka kararında "mahkemece görev yeri değişikliğinin iş yerinde üretimin düşmesinden kaynaklanan işçi fazlalığı değerlendirilerek daha önce müteahhide yaptırılan işlerin kendi kadrolu işçilerine yaptırılmak suretiyle işçi çıkarmayı önlemek için yapıldığı, görev değişikliğinin geçerli nedenlere dayandığı, ayrıca davacıya teklif edilen yeni görevin önceki görevine göre esaslı ağırlaştırıcı durum değişikliğini içermediği, bu görev yerini davacının kabul etmemesinin haklı ve geçerli nedenlere dayanmadığı, davacının görev değişikliğini kabul etmemesi sonucu gerçekleştirilen feshin geçerli nedenlere dayandığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir." hükmünden sonra "4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir." denilmiştir. "İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır." Öte yandan aynı kararda "4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığını ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığı, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyumsuzluğun çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır." ifadesi yer almaktadır. Son olarak, "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. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hak-

Diğer yandan özellikle 9. Hukuk Dairesinin sözü edilen kararlarına¹⁸ bakıldığında, Yargıtay'ın *ultima ratio* ilkesi ile ölçülülüğü eş anlamda kullandığı görülmektedir. Bu durumun isabetli olduğu söylenemez. Zira, işverenin iş sözleşmesini fesih işlemi, her şeyden önce, bir karardır. Burada önemli olan konu, bu kararın yargı denetimine tâbi olup olmadığı, tâbi ise bu denetimin ne ölçüde yapılacağıdır. Bilindiği gibi, işverenin işletme veya işyeri ile ilgili bir konuda karar alması işverenin girişim özgürlüğü kapsamında yer almaktadır. Bu itibarla, işveren işletmesinin geleceği için en uygun gördüğü kararı verme yetkisine sahip olmaktadır. İşveren işyerine yeni teknolojilerin girmesi, işyerinin organizasyonu, işyerinin daha verimli hale getirilerek rekabet gücünün artırılması gibi konularda kararlar almaktadır. Belirtilen bu kararlar üzerinde yargı denetimi söz konusu değildir. Başka bir deyişle, hâkim işverenin yerine geçerek uygun teknolojiyi tesis etmek veya rekabeti artırmak için başvurulması gereken stratejileri belirlemek durumunda değildir. Buradan hareketle, işverenin işletmesel karar özgürlüğünün mutlak ve sınırsız olduğu sonucu çıkartılmamalıdır. İşçinin iş sözleşmesine son vermek aslında işletmesel bir karar olmakla birlikte, fesih işlemi yargı denetimine tâbidir. İşveren işçiyi işten çıkarırken geçerli bir sebep göstermek zorundadır. Bu durum, esasen işverenin karar özgürlüğünün fesih söz konusu olduğunda sınırlanması anlamına gelir¹⁹. Özel

likle işletme gerekleri ile fesihte, hâkim tarafından yapılacak denetim işletmesel kararın yerinde olup olmadığı yani kendisi değil; işletmesel kararın işveren tarafından insicamlı bir biçimde uygulanıp uygulanmadığı ve uygulanan tedbirin sonunda işçinin çalışma olanağının gerçekten ortadan kalkıp kalkmadığının araştırılmasıdır. Dolayısıyla burada, işverenin fesih kararının ölçülü olup olmadığından ziyade feshin gerçekten son çare olup olmadığı ve fesih yerine işçinin işini koruyucu başka tedbirlerin alınıp alınamayacağı yargı denetiminin konusunu teşkil etmektedir. Somut olayda feshin son çare olup olmadığına tespitinde, hâkim her şeyden önce feshe yol açan işletmesel kararın, bunun içeriğine bakmaksızın, tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir ki, buna kısaca tutarlılık denetimi de denilmektedir. Bu denetimi sonucunda, işletmesel kararın tutarlı bir biçimde uygulandığına kanaat getiren hâkim, bu sefer işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığını kontrol eder. Keyfilik denetimi de denilen bu kontrolde işletmesel kararın kurucu işveren kararı mı, yoksa bağlı işveren kararı mı; yani bunun iradeye mi irade dışı olgulara mı dayandığı noktasında yapılacak tespit büyük önem taşır.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir nokta da, işletmesel kararın amacı

¹⁸ Bunun için bkz. dn. 17.

¹⁹ ARAS, A. *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi*. *Türk Hukuk Sitesi'nden* 6.12.2010 tarihinde edinilmiştir.

ve içeriğini belirlemede özgür olan işverene, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını ispat etme yükümlülüğü getirilmesidir. Bu sebeple, işveren ekonomik güçlükler ya da verimlilik, rekabet gerekleri gibi sebeplerle duruma uygun tedbirleri aldığını, sözgelimi mal veya hizmet üretimini düşürdüğünü ya da teknolojik yatırıma gittiğini bunun sonucunda feshi muhatap işçinin işgücüne ihtiyaç kalmadığını ispatlamak zorunda kalmaktadır. Hemen hemen bütün işten çıkarmaların dava konusu edildiği ve yargının da ağırlıklı olarak işçi lehine karar verdiği göz önüne alındığında, işverene bir de bu şekilde fesih işlemine dayanak yaptığı geçerli sebebi ispat yükümlülüğünün yüklenmesi işveren açısından önemli bir zaman ve emek maliyetini de beraberinde getirmektedir.

Almanya’da gerek federal düzeyde, gerek eyalet düzeyinde verilmiş mahkeme kararları ile fesih işlemi hangi gerekçeye dayandırılmış olursa olsun, feshin son çare olarak kullanılması anlamına gelen ultima ratio ilkesine sıklıkla müracaat edildiği dikkati çekmektedir. Bu açıdan, fesih sebebinin geçerli olabilmesi için, fesih tedbirine son çare olarak başvurulmuş olması şartı aranmaktadır. Bu durum, Federal Mahkemenin 1978 yılında vermiş olduğu ilke kararında “*Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun; veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilme-*

lidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır.” şeklinde ifadesini bulmuştur²⁰.

Fransız hukukunda, önceden yargı organlarınca müracaat edilen *ultima ratio* ilkesi, 19 Aralık 2001 tarihli Sosyal Modernizasyon Kanunu ile Fransız İş Kanunu’nun, ekonomik sebeplerle işten çıkarılmaları düzenleyen L.321-1. maddesine eklenen üçüncü bir madde hükmü ile kayıt altına alınmış bulunmaktadır. Anılan bu hükme göre, ekonomik sebeplerle iş sözleşmesinin feshi işlemi ancak işçinin eğitimi ve başka bir işe intibakı için bütün çabalar gösterildikten ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı bulunduğu aynı şirketler grubuna dahil başka bir işletmede, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan veya eşdeğerdeki başka bir işte veya bunların mevcut olmaması durumunda ve yahut işçinin onayı alınmak koşuluyla, gerektiğinde daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı bulunmaması halinde gerçekleştirilebilmektedir²¹.

Son olarak, İsveç, Finlandiya ve Norveç hukuklarında da, kural olarak, mevcut problemler başka türlü çözülemediği takdirde, fesih yoluna başvurulabilmektedir. İsveç’te İş Güvencesi Kanunu’nun 7. maddesinde *ultima ratio* ilkesi açıkça düzenlen-

²⁰ GÜZEL, Can Tuncay’a Armağan, 65.

²¹ GÜZEL, A. Can Tuncay’a Armağan, 68.

miştir. Anılan hükme göre, işverenin işçiyi kendisine bağlı başka bir işyerinde istihdam etmesi mümkün ise, ortada fesih için objektif bir sebep bulunmamaktadır. Fin İş Sözleşmeleri Kanunu'nda da çok benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu Kanun uyarınca, işveren, fesih yoluna gitmeden önce diğer bütün olasılıkları değerlendirirken, sadece işçinin hâlihazırda yaptığı işi değil, fakat işçiyi yönlendirilebileceği başka işleri de göz önünde bulundurmak durumundadır. İşçinin başka işe yönlendirilmesi de ancak bunun makul olması durumunda mümkün olacaktır. Öte yandan, işçinin ciddi bir kabahati varsa, bunun mümkün olmasına rağmen işverenden söz konusu işçiyi başka bir işte çalıştırması beklenemez. Norveç'te İş Ortamı Kanunu'nda (Work Environment Act) işverene işçiye bağlı bir sebeple iş sözleşmesini feshetmeden önce, onu başka bir işte çalıştırma ödevi yükleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yargı kararlarından işverene böyle bir ödev yüklendiği anlaşılmaktadır. Burada üzerinde durulması gereken bir konu da, İsveç'te işverenlere fesihten önce hasta olan işçilerin rehabilitasyonlarına yardımcı olma yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır. İsveç iş mahkemelerinde kronik alkolizm de bu anlamda bir hastalık olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık, işçinin çalışma kabiliyeti hastalık dışı bir sebeple azalmışsa; işverenin bu durumu fesihten başka bir yolla, sözgelimi işçiyi başka bir işte çalıştırarak çözüme kavuşturması gerekecektir. Bütün

yollar denendikten sonra bile fesih kaçınılmaz gözükyorsa, örneğin işverenin maruz kaldığı zarar açıkça işçinin işe katkısından fazlaysa, o zaman ortada fesih için geçerli bir sebep var demektir. Bütün bu düzenlemeler göz önüne alındığında, İsveç'te iş sözleşmesinin feshedilmesinin hem diğer İskandinav ülkelerine hem de Avrupa ülkelerine kıyasla daha zor olduğu görülmektedir.

III. Sosyal Seçim İlkesi

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde incelendiği üzere, *ultima ratio* ilkesi çerçevesinde, işveren iş sözleşmesini feshetmeden önce, diğer bütün tedbirlere başvuracak, bununla istenilen sonuca ulaşamazsa, ancak o zaman fesih yoluna son çare olarak gidecektir. Toplu işten çıkarma kararının alındığı durumlarda işverenin de birden fazla işyeri var ise, söz konusu çıkarmaların zorunlu olarak işverene ait belirli bir işyerinde yoğunlaşması gerekmez. Burada hangi işçilerin işten çıkartılacağıнын tayini bir sosyal seçim konusu oluşturmaktadır. Sosyal seçim, bir nevi, kaçınılmaz olan işten çıkarmaları sosyalleştirme çabasıdır. İşveren bakımından geçimini yalnızca ücret geliri ile sağlayan işçi ve ailesi için, bir yandan iş kaybının doğurduğu ekonomik ve sosyal sonuçları engellemek; diğer yandan da toplu işten çıkarma sebebiyle ülkenin siyasi ve sosyal düzenini bozmamak zarureti bulunmaktadır. Sosyal seçim başlıca üç aşamadan meydana gelmektedir. Buna göre, ilk aşamada işveren aynı ya da benzer özellik-

lere sahip işçileri belirlemektedir. İkinci aşamada, belirlenen bu işçiler işveren tarafından kıdem, yaş, bakım yükümlülükleri ve bedensel engellilik (ağır sakatlık) gibi kriterlere göre bir değerlendirmeye alınmaktadır. Bu değerlendirme, özellikle Alman hukukunda sıkıntı yaratmaktadır. Zira Alman Eşitlik Kanunu'nda yaş kriterinin ayrımcılık sebebi olamayacağı açık bir biçimde düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla, işçiler arasında yaş kriterine göre yapılacak bir seçim her şeyden önce Eşitlik Kanunu'na aykırı olacaktır. Üçüncü ve son aşamada, işveren işten çıkarılacak işçilere karar vermektedir. İşin gerekliliklerine göre bazı işçilerin sosyal seçimin dışında bırakılması mümkündür. Sözgelimi, İngiltere'de en iyi performansı gösterenler sosyal seçimden hariç tutulurken, Almanya'da en korumasız olanlar sosyal seçim havuzunun dışında tutulmaktadır. Uygulamada birçok şirketin seçimi kolaylaştırmak için önceden rehber ilkeler belirlediği gözlenmektedir²².

AB ülkelerindeki koruyucu mevzuatın yetersizliği dikkate alınarak, toplu işten çıkarmalara karşı AB düzeyinde hukuki koruma getirecek çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden, Üye Devlet Mevzuatlarının Yaklaştırılmasına İlişkin 20 Temmuz 1998 tarih ve 98/59/EC sayılı Yönerge'nin ilk maddesinde, toplu işten çıkarma "işverenin bireysel olarak işçinin şahsına dayanmayan bir veya birden çok sebeple iş ilişkisine son vermesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Anılan Yönergede toplu işten

çıkarmaların uygulanmasında üye devletlere süre ve sayı bakımından iki seçimlik yetki tanındığı görülmektedir. Buna göre, üye devletlerin seçimi doğrultusunda toplu işten çıkarma 30 günlük bir süre zarfında;

- a) mutata biçimde sayı olarak 20'den fazla 100'den az işçi istihdam eden işyerlerinde en az 10,
- b) mutata biçimde sayı olarak 100'den fazla ve 300'den az işçi istihdam eden işyerlerinde, toplam işçi sayısının en az % 10'u oranında,
- c) mutata biçimde sayı olarak en az 300 işçi istihdam eden işyerlerinde en az 30 işçinin işten çıkarılması

veya

ilgili işyerlerinde mutata biçimde istihdam edilen işçi sayısı ne olursa olsun 90 günlük bir süre zarfında en az 20 işçinin işten çıkartılması toptan işten çıkarma olarak mütalaa edilmektedir.

Yine Yönergede, iş sözleşmesinin işçilere bağlı olmayan bir veya birden fazla sebeple işverence feshinin en az 5 işçiyi kapsaması halinde, artık bunun bir toplu işten çıkarma olarak değerlendirileceği belirtilmektedir²³.

²² GECKLE, L.,SCHUCK, S.,NAZARI-KHANACHAYI, A. *Dismissal Protection in German Individual Labour Law. De Jure Magazine*, 6-7. <http://dejure.elsagreece.org> adlı internet sitesinden 19.11.2010 tarihinde indirilmiştir.

²³ YİĞİT, Y. (2007) *İşverenin Toplu İşten Çıkarma Sürecini Çalışanlarla Görüşme Yükümlülüğü*. TİSK Akademi, 5, 10, 42-43.

Toplu işten çıkarmada, işten çıkarmaya karar verilmeden önce sağlıklı bir bilgilendirme ve müzakere sürecinin yaşanmasını sağlamak için, işverene işçi temsilcilerine bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir²⁴. Bu şekilde, işverenin işçi temsilcilerinin planlanan toplu işten çıkarmaya karşı yapıcı önerilerde bulunabilmeleri amacıyla gerekli bilgileri vermesi ve yazılı olarak çıkarma sebeplerini, işten çıkarılacak ve işyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile işten çıkarmanın hangi sürede gerçekleştirileceği bildirmesi sağlanmaktadır. Toplu işten çıkarma durumunda çalışanlara bilgi verme ve danışma yükümlülüğü 98/59/EC sayılı Yönerge’de olduğu kadar 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nde de ele alınmıştır. Buna ek olarak, her iki metinde işverenin toplu halde işten çıkardığı işçileri öncelikle işe alma yükümlülüğünden söz edilmektedir. Anılan bu koruma önlemleri dışında ne 98/59/EC sayılı Yönerge’de ne de 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nde sosyal seçim ilkesine yer verilmiş bulunmaktadır²⁵. Buna karşılık, bir AB üyesi olan Almanya’da Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) ile işverene iş sözleşmesi feshedilecek işçiler arasında sosyal seçim yapma yükümlülüğü getirilmiş bulunmaktadır. 1.10.1996 tarihinde yürürlüğe giren İstihdamı Teşvik Yasası (Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz) ile değişikliğe uğramadan önce anılan Kanunda yer alan hükme göre; işveren iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal bakış açılarını (soziale ge-

sichtspunkte) hiç veya yeterli derecede göz önüne almamışsa, yapılan fesih sosyal açıdan haksız kabul edilmekteydi. Bu hüküm, işçilerin seçiminde işverenin uygulayacağı kriterleri somut olarak saptamaması ve bu yüzden hukuki güvenliği önemli ölçüde zedelediği mülahazasıyla eleştirilmiştir. Bu eleştiriler, Alman öğreti ve uygulamasını sosyal seçimin uygulanmasında kullanılması gereken kriterleri tespiti sevk etmiştir. Öğreti tarafından önerilen kriterlerden kıdem, yaş ve bakım yükümlülükleri ön plâna çıkmış, bunlar Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Bununla birlikte, ekonomide yaşanan yapısal dönüşümle birlikte, ortaya çıkan kitlesel işsizlik bu kriterlerin yeniden sorgulanmasına yol açmıştır. Özellikle yaş kriterine genç işçileri mağdur ettiği gerekçesiyle oldukça ağır eleştiriler yöneltilmiştir. Söz konusu eleştiriler sosyal seçim kriteri konusunda köklü değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Ağırlıklı olarak belirsiz olması sebebiyle eleştirilen “sosyal bakış açısı” kavramı yerini kıdem, yaş ve bakım yükümlülük-

²⁴ Burada toplu işten çıkarmayı plânlayan işverene getirilmiş olan işçi temsilcileriyle görüşme yükümlülüğü aynı zamanda “ultima ratio” ilkesinin uygulamasına işaret etmektedir. Zira bu yükümlülüğün amacı toplu işten çıkarmanın önlenmesi veya toplu işçi çıkarma kararı kapsamında işten çıkarılacak olan işçilerin sayısının en aza indirilmesidir.

²⁵ SÜRAL, N. (2007). *Economic Implications of Employment Protection Legislation in Turkey: Has Turkey Found Its Juste Milieu?* DEÜHFD (özel sayı). 9, 96-97.

leri olarak sıralanabilecek üç somut kritere bırakmıştır²⁶.

Birden fazla işçinin iş sözleşmesinin işyeri gereklilikleriyle feshinde uygulanacak seçim kriterleri konusunda zengin bir literatüre sahip Hollanda, fesihte uygulanacak kriterlerin niteliği konusunda ilgili sosyal taraflar arasında yoğun tartışmalara sahne olan bir ülkedir. Son yıllarda yaşanan gelişmeler kanun koyucuyu seçim kriterleriyle ilgili mevzuatta esaslı değişiklikler yapmaya itmiştir. Seçim kriterleri konusunda uygulanan sistem bakımından Almanya'ya en yakın ülke Hollanda'dır. Ancak Almanya'nın aksine seçim kriterlerinin katı kanuni hükümlere bağlanması daha sonraki tarihlere gerçekleşmiştir. Hollanda İş Kanunu, kural olarak tek bir seçim kriterini benimsemiş olmasıyla Almanya'dan farklılık göstermektedir. Bu kriter kıdem kriteridir. Hollanda öğretisinde, işyeri gereklilikleriyle yapılan fesihlerde kıdem bir kriter olarak uygulanmasını meşru kılacak başlıca dört mülahazaya yer verildiği gözlenmektedir. Buna göre, her şeyden önce işverenin işçisine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu daha büyük bir gözetme borcu bulunmaktadır. İşçinin sadakatle yerine getirdiği hizmet ödüllendirilmelidir. Sonra, işyerinde daha uzun bir süre çalışan işçinin iş tecrübesinden istifade edilmesi gerekir (ekonomik mülahaza). Yine keyfilik ve sosyal açıdan haklı görülemeyecek mülahazalar dikkate alınmamalıdır (objektiflik mülahazası). Son olarak, daha fazla kıdemi

olan işçinin çoğu kez daha yaşlı olacağı ve emek piyasasındaki daha zayıf konumu göz önüne alındığında daha fazla korunmaya muhtaç bulunacağı açıktır. Bu bakımdan, kıdem kriteri emek piyasasına yön verici etkili bir açıktır. Bu sayılan mülahazalardan üçü, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin 1997 tarihli Cemsto/Elzoutti kararında²⁷ yer bulmuştur. Mahkeme, söz konusu kararda kıdemli işçinin iş tecrübesinden daha fazla yararlanma olanağı bulunduğu yönündeki ekonomik mülahazaya ise değinmemiştir²⁸.

Fransa'da sosyal seçim ilkesinin tarihsel kökleri, II. Dünya Savaşı'nın sona ermesini takip eden döneme kadar uzanmaktadır. Bu tarihten beri, toplu işten çıkarmalarda iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin belirlenmesinde işçinin aile bireyleri ile ilgili bakım yükümlülükleri, kıdemi ve mesleki nitelikleri dikkate alınmaktadır. İlk başta, sözü edilen bu kriterlerin yanında, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde yer alan işçilerin seçimine ilişkin hükümler öncelikli olarak uygulama alanı bulmaktaydı. Ancak zamanla, bu durumun işçinin performans ve verimine ilişkin kritere diğer kriterlere nazaran daha fazla değer atfedilerek işverenin iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde tek yetkili olmasına yol

²⁶ GÜZEL, A., ERTAN, E. (Aralık 2007) *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4, 16, 1223-1224.

²⁷ HR 28 Maart 1997, JAR 1997/90.

²⁸ European Comission ,2006,1246.

açtığı görülmüştür. Bu sebeple Fransız İş Kanunu'nda yapılan düzenlemelerde işçinin aile bireyleri ile ilgili bakım yükümlülükleri, kıdemi ve mesleki nitelikleri kriterlerinin başına 'özellikle' sözcüğü ilave etmek suretiyle bu üç kriter sınırlı sayıya bağlı olmaktan çıkarılarak, bunlar arasında önem sıralaması yapılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Öte yandan, Fransa'da 1982 yılında yapılan düzenlemeyle iş sözleşmesinin ekonomik sebeplerle feshedilmesi, işverenin önceden ilgili Çalışma Müdürlüğü'nden izin alması şartına bağlanmıştır. Bu düzenleme 1986 tarihli Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanunla seçim kriterlerine ilişkin hükümler de yenilenmiştir. Böylece ekonomik sebeplerle toplu işçi çıkarmak isteyen işveren, bu konuda düzenleme içeren bir toplu iş sözleşmesinin işyerinde uygulanıyor olmaması şartıyla, işletme komitesi bu yoksa işçi temsilcilerine danıştıktan sonra iş sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin seçiminde kullanılacak kriterleri tespit edecektir.

Sonradan kanuna eklenen bir hükümlerle, iş sözleşmesinin öncelikli olarak feshedilmesinin karşılığında, iş sözleşmesi sona erdirilen işçiye yaşamı boyunca birtakım haklar sağlanacağına ilişkin hükümlerin toplu iş sözleşmesinde yer alması veya işverenin seçimle ilgili alacağı kararda böyle bir husus bulunması yasaklanmıştır. Daha sonraki değişiklikte bir yandan madde numaraları değiştirilirken, diğer yandan toplu işten

çıkarmalarda iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde kullanılan kriterlere yenileri eklenmiştir. Söz konusu kriterler artık; ailevi yüklerden, kıdemden, özellikle engellilik ve yaşlılık gibi işçilerin çalışma yaşamına dönmelerini güçleştiren sosyal niteliklerden ve işçilerin mesleki niteliklerinden oluşmaktadır. Bir sonraki değişiklikte, işverene ekonomik sebeplere dayanan toplu işten çıkarma boyutlarına varmayan fesihlerde dahi bu sözü edilen hükümleri dikkate alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Ayrıca, işverene talep halinde işçiye işten çıkarmada uyguladığı kriterleri yazılı olarak bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

2002 yılında yürürlüğe giren Sosyal Modernizasyon Kanunu ise, işçinin mesleki niteliklerine ilişkin kriteri ortadan kaldırmıştır. Ancak Sosyal Modernizasyon Kanunu'nun da ömrü fazla olmamış ve 3 yıl sonra yürürlükten kaldırılmıştır²⁹.

İsveç'te sosyal seçim açıkça hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Nitekim, İsveç İş Koruma Kanunu'nun 22. maddesinde sosyal seçim ilkesi doğrultusunda işten çıkarılmaların yalnızca gerekli görülen işyerlerinde veya bu işyerlerinin gerekli görülen belirli bir bölümünde ve toplu iş sözleşmesiyle istihdam edilmiş işçi gruplarına özgüleneceği belirtilmektedir. Sosyal seçim ilkesi çerçevesinde, işten çıkarılacak işçilerin öncelikli olarak kıdemi yani çalışma süresi araştırılmaktadır. İsveç'te "işe son giren,

²⁹ European Commission, 2006, 1265-1267.

ilk çıkar” (last in first out) kuralı uygulanır. Bu bakımdan, işten çıkarmada aynı ya da benzer özellikleri taşıyan işçiler arasındaki tercihte ilk olarak bunların çalışma sürelerine bakılmaktadır. Şayet aynı ya da benzer özellikler taşıyan işçilerin çalışma süreleri de eşit ise, bu takdirde bunlardan daha genç olanı işten çıkartılacaktır. İşçi geçici bir süre için mutat işinden başka bir işte çalıştırılmaktaysa (işveren geçici süre ile dışarıdan yeni bir işçi istihdam etmek yerine kendi işçilerinden birinin emeğini mutat işinin dışında yeni bir işe tahsis etmişse); bu iş için yapılacak kıdem temelli öncelik değerlendirilmesinde işçinin yeni işinde gösterdiği performansı da hesaba katılır. 2001 yılında İş Koruma Kanunu’nda yapılan değişiklikten sonra, işverene emrinde çalışan 10 ya da daha fazla işçinin bulunması durumunda, bunlar arasından işin devamı için önemli olduklarını düşündüğü ikisini sosyal seçimden hariç tutma imkânı getirilmiştir. Bu düzenlemeyle, küçük işletmelerin kendileri için önemli olan işgücünü kaybetmelerinin önüne geçilmek istenmiştir. Sosyal seçimi bu şekilde düzenleyen İsveç İş Koruma Kanunu’nun hükümleri toplu iş sözleşmeleri vasıtasıyla taraflarca değiştirilebilmektedir. İsveç hukukunda “*toplu halde işten çıkartılacakların listesi*” olarak adlandırılan uygulamayla taraflar daha işin başında farklı bir seçim usulü kararlaştırabilmektedir. Bununla birlikte, “*toplu halde işten çıkartılacakların listesinin*” tüm sanayi sendikalarının katılımıyla ve objektif kriterler çerçeve-

sinde piyasa ahlakına uygun olarak hazırlanması icap etmektedir. İş Koruma Kanunu uyarınca, “*toplu halde işten çıkartılacakların listesinin*” sendika üyesi olmamakla birlikte, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren bir işte çalışan işçinin adını da ihtiva etmesi mümkündür³⁰.

Finlandiya’da İş Sözleşmeleri Kanunu’nda sosyal seçimi düzenleyici herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmelerinde buna ilişkin rehber ilkeler bulunmaktadır. Anılan rehber ilkelerde işletmenin yürüttüğü faaliyetler için önemli olan kalifiye çalışanların mümkün olan en son aşamada işten çıkartılması ekseriyetle düzenleme altına alınmaktadır³¹.

Danimarka’da toplu işten çıkarmalarda, kural olarak işverenin işletmesinin geleceği için işten çıkartacağı işçileri objektif kriterler çerçevesinde bizzat tayin edebileceği kabul edilmektedir. İşten çıkartılacak işçiler bir kere tayin edildikten sonra, bunlara fesih bildiriminde bulunulacaktır. Danimarka’daki hakem mahkemelerinin uygulamalarına bakıldığında, toplu iş sözleşmeleri mucibince “*işe son giren, ilk çıkar*” (last in first out) kuralının uygulanması zorunlu değildir. Bununla birlikte, feshin makul olup olmadığının sağlanması yapılırken, kıdem mülahazasına özel bir önem atfedildiği gö-

³⁰ SIGEMAN, T. (2009) *Employment Protection in Scandinavian Law*, 270, <http://www.scandinavianlaw.se> adlı siteden 19.11.2010 tarihinde indirilmiştir.

³¹ SIGEMAN, 2009, 271.

rülmektedir. Bazı münferit toplu sözleşmelerde, kıdemin işten çıkartmalarda temel kriter olduğu düzenleme altına alınmaktadır.

AB üyesi olmayan Norveç'te işveren geçerli sebeplerinin bulunması durumunda, işveren bildirimde bulunmak suretiyle işçilerini toplu halde işten çıkartabilecektir. Söz konusu işten çıkarma bildiriminde, işverenin işten çıkartılacak işçilerin seçiminde kullandığı kriter gösterilir ve işverenin işçilerin bağlı bulunduğu sendikayla görüşmeler yaparak işçiler hakkında yeterli araştırma yaptığının delilleri sunulur. Norveç'te işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işçilerin özellikleri kıdemlerine kıyasla üstün tutulmaktadır. Bunun da sebebi, işçilerini toplu halde işten çıkartacak derecede kötü durumda bulunan bir işletmenin öncelikli olarak kalifiye elemana ihtiyaç duymasıdır. Norveç'te toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yasal zorunluluklar bulunmadıkça, işten çıkartılacak işçilerin seçiminde kıdem kriterine müracaat etmek gerekmemektedir. İşçinin bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı kriteri ile diğer sosyal kriterlere, işten çıkartılacak işçinin seçiminde kullanılan esas kriterle aykırı olarak başvurulamaz³².

Ne Türk İş Kanunu'nda ne de bu Kanunun gerekçesinde, işyeri gerekliliklerine dayanan toplu işten çıkarmalarda sosyal seçime müracaat etme zorunluluğu düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte, yargı kararlarında sosyal seçim zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır³³. Bu şekilde, özellik-

le işyeri gereklilikleri sebebiyle vuku bulan toplu halde işten çıkartmalarda sosyal seçim havuzu kapsamına alınan işçilerin dava yoluyla kendilerinden daha az korunmaya lâyık buldukları başka bir işçinin işten çıkartılmamış olması sebebiyle tüm fesihlerin geçersiz sayılarak işe iadelerini talep etmeleri sağlanmaktadır ki, böyle bir sonucun hukuk güvenliği ilkesi ile ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır³⁴. Yine, kullanılan kriterler arasında önceliğin belirlenememesi, işten çıkarılacak işçilerle işveren arasında değil de, bu işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasında menfaat uyumsuzluğunu gündeme getirmesi ve ispat yükümlülüğü sorunları yaratması da sosyal seçim ilkesinin diğer mahzurlu yanlarını teşkil etmektedir. Bütün bu mahzurlarına rağmen, tarafların toplu iş sözleşmelerine koyacakları hüküm-

32 SIGEMAN, 2009, 172.

33 Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara daha yakından bakıldığında, ilk başta Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda yer alan düzenlemelere benzer bazı sosyal seçim kriterlerinin, daha sonra objektif kriterlerin iş sözleşmelerinin feshinde dikkate alındığı görülmektedir. Yargıtay sosyal seçim kriterine yer verdiği bu türden kararlarda işten çıkarılacak işçilerin seçiminde iş yerinde aym işi üstlenen işçiler arasında karşılaştırma yapılması, işçiler arasında verimlilik, hastalık sebebiyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın diğer deyişle sosyal seçim kriterlerinin göz önünde tutulması gerektiğini hükme bağlamaktadır. (SÜZEK, 2009, s.544)

34 SOYER, M.P.(Nisan 2007). İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme. İşveren, 45, 7, 46.

lerle, işverenin işten çıkarmalarda müracaat edeceği sosyal seçim kriterlerini belirlemelerine bir mani yoktur³⁵.

Yargıtay'ın nispeten yakın tarihli kararlarına göz atıldığında sosyal seçim ilkesinin giderek terk edildiği ve bunun yerine objektif kriterlere göre seçim yükümlülüğünün yerine getirildiği gözlenmektedir. Sözgelimi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 9.2.2009 tarih ve E. 2009/1186 ve K. 2009/1832 sayılı kararında “iş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır” ibarelerine yer verilmektedir. Anılan karara konu olan olayda iki bankanın birleşmesi dışında bunların yeniden yapılanması da söz konusudur. Davalı banka, birleşme ve yeniden yapılanmayı bahane ederek davacının da görev yaptığı Hukuk Yönetimi'ndeki bazı işçilerin işine son vermiştir. Mahkemece bozma üzerine yapılan yargılama sonunda, birleşme sonucu 10 avukat fazlalaşırken, 30 avukatın işten çıkarıldığı, yeniden yapılanmanın bahane edildiği, davacının çalıştığı bölümde de 3 avuktan sadece kıdemli olan davacının işten çıkarıldığı, fesihte objektif kriter bulunmadığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, söz konusu kararda her ne kadar daha fazla kıdemi olan avukatın işten çıkartılmasına vurgu yapılmışsa da, sosyal seçim kriterinden bahsedilmemiş; bunun yerine yapılan fesihte objektif kriterin yokluğuna atıf yapılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay tarafından sosyal seçim ilkesi yerine ikame edilen objektif kriter son derece muğlaktır. Bu itibarla, söz konusu kriterin öncelikli olarak açıklığa kavuşturulması elzemdir. İşçilerden bir kısmının sözleşmesi feshedildiğinde, işveren zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. Pek tabii işverenin bu seçim konusunda bütünüyle serbest olduğu düşünülemez. Türk iş mevzuatında, ne sosyal seçim ilkesi ne de objektif kriter düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple, işverenin seçim serbestisinin sınırı daha ziyade Anayasa'da yer alan hükümler ve özellikle de İş Kanunu'nda pozitif dayanağı bulunan eşitlik ilkesiyle çizilmeye çalışılmaktadır. Alman hukukunda ise, kanunda düzenlenmiş olan sosyal seçim ilkesi yoluyla teknik anlamda eşit davranma ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir. Öte yandan, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde genel bir değerlendirme yapıldığında, sosyal seçim ilkesinin başlıca hedefinin anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bu şekilde sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması olduğu anlaşılmaktadır. İş sözleşmesinin feshinin sınırlarını belirleyen eşitlik ilkesi ise bir yandan aynı durumda olanlara eşit davranılması anlamına gelirken; diğer yandan farklı durumda olanlara farklı işlem yapılmasını gerektirebilir. Bu sebeple, işçiler arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı ve objektif sebeple-

35 SÜZEK, 2009, 545.

rin varlığına karşı işverenin işten çıkartılacak işçilerin seçimini yaparken bu durumu göz önünde tutmaması kimi kez eşit davranma borcunun ihlali anlamını taşıyabilir. Eşitlik ilkesinin en önemli uygulama şeklini teşkil eden ayırım yasağı, işverenin işten çıkarmalardaki seçim serbestisini sınırlamaktadır. Ayırım yasağı, Anayasa'nın 10., İş Kanunu'nun 5 ile 18. ve son olarak Sendikalar Kanunu'nun 31. maddelerinde ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3/a,b,d fıkraları uyarınca özel olarak sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve ayırım yasağına giren ve benzeri sebeplerle iş sözleşmesinin feshi geçersizdir. Yine, sözgelimi, eşit verimle çalışmalarına karşı çok az kıdemi bulunan işçiler yerine uzun kıdemi olan işçileri veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar varken bu aylığı kazanmasına az bir süre kalmış işçileri çıkaran işveren olayın özelliğine göre genel anlamda eşit davranma ilkesini ihlal etmiş olur.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın kararlarında hangi kriter esas alınmış olursa olsun, yapılan işten çıkarma işleminin temelinde herhangi bir ayırım yasağı veya adalet ve hakkaniyet ilkesine aykırı, objektif ve haklı olmayan, diğer bir deyişle genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal eden bir işveren seçimi bulunmaktaysa, o fesih geçersiz bir fesih olacaktır³⁶.

Sonuç

İşverenin işçiyi koruma (gözetme) borcunun hukuki dayanağı Türk Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi ile İş Kanunu'nun 77. maddesinde ifadesini bulmuştur. Anılan her iki düzenlemeye bakıldığında, işverenin koruma yükümlülüğünün sınırının hakkaniyet ölçüsü ile çizildiği görülmektedir³⁷. Bu kapsamda, hakkaniyet ölçüsü içinde işçinin iş sözleşmesinin feshine karşı da korunması gerekmektedir. İşçinin iş ilişkisine süreklilik sağlanarak geleceğine güven duyması yani işini kaybetme, dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan gelirden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması iş hukukunun da en temel amaçlarından birini teşkil etmektedir. Nitekim, işçinin feshe karşı gerektiği şekilde korunmadığı bir hukuk düzeninde sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve grev hakkı da havada kalacaktır. İşverenin işçinin işine geçerli bir sebep göstermeden son verme imkânına sahip olması da, işçinin kendisine teslim edilmeyen haklarını aramasına mani olmaktadır³⁸. Bununla birlikte, bu korumanın kapsamının çok iyi tayin


36 SÜZEK, 2009, 545-546.

37 EREN, F.(1974). *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*. Ankara, 46; MOLLAMAHMUTOĞLU, H. (1995). *Hizmet Sözleşmesi*. Ankara, 179; AYDINLI, İ. (2004). *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları*. Ankara, 109.

38 GÜNAY, 2009, 664.

edilmesi icap etmektedir. Zira, işçinin aşırı korunduğu durumda, bu sefer işin ve işletmenin devamlılığı, rekabet gücü tehlikeye atılmış olacaktır. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu yaptığı değişiklikle, koruma kapsamını on yerine otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerine hasrederek daraltmıştır. Bu sayı bile işverenlerce işletmelerinin büyümesini olumsuz yönde etkilediği gerekçesiyle yoğun biçimde eleştirilmektedir. Uygulamada, işverenlerin işletmelerinde 30 ve üzeri işçi sayısına çıkmamaya özen gösterdikleri ya da kayıt dışına yöneldikleri görülmektedir³⁹.

Danimarka çıkışlı ve Avusturya'daki uygulamasıyla dikkati çeken “güvenceli esneklik” modeli ile işçinin feshe karşı aşırı

korunduğu katı uygulamaların yumuşatılarak, işten çıkarmaların nispeten kolaylaştırıldığı ve fakat işsiz kalanlara yüksek dozda güvence sağlanan yeni bir sistem getirilmektedir⁴⁰. “Güvenceli esneklik” (flexicurity) modelinin başarıya ulaşması durumunda kanımızca, işçinin işveren karşısında iş sözleşmesinin feshine karşı korunması amacına hizmet eden *ultima ratio* ve *sosyal seçim* ilkelerinin uygulaması büyük ölçüde daralacaktır. 

³⁹ KÜÇÜK, C.T. (Nisan 2007). 4. Yılında İş Güvencesi Uygulaması ve Değerlendirilmesi. *İşveren*, 45, 7, 42.

⁴⁰ TINAR, M.Y. (Nisan 2007) “Güvenceli Esneklik” Tartışmaları ve Türkiye, *İşveren*, 45, 7, 48.

KAYNAKÇA

- Aras, A. *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi*. Türk Hukuk Sitesi'nden 6.12.2010 tarihinde indirilmiştir.
- Aydınlı, İ. (2004). *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları*. Ankara.
- Çelik, N. (2003). *İş Güvencesi*. İstanbul.
- Eren, F. (1974). *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*. Ankara.
- European Commission (2006). *Termination of Employment Relationships, Legal Situation in the Member States of the European Union*.
- Geckle, L; Schuck, S; Nazari-Khanachayi, A. Dismissal Protection in German Individual Labour Law. De Jure Magazine. <http://dejure.elsagreece.org> adlı internet sitesinden 19.11.2010 tarihinde indirilmiştir.
- Günay, C.İ. (2009). *İş Kanunu Şerhi, I*. Ankara.
- Güzel, A. (2005). *İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları*. A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul.
- Güzel, A ve Ertan, E. (2007). Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 4,16.
- Hekimler, A. (2007). Federal Almanya Yargı Kararları Işığında Geçerli Neden Kavramı ile İlgili Son Gelişmeler. *İşveren*. 45, 7.
- İştar (Urhanoglu), C. (2009). Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Fesihlerde Son Çare Olma İlkesi Bağlamında İşçiye Değişiklik Önerisi ve Değişiklik Feshi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 22.
- Küçük, C.T. (2007). 4. Yılında İş Güvencesi Uygulaması ve Değerlendirilmesi. *İşveren*. 45, 7.
- Mollamahmutoğlu, H. (1995). *Hizmet Sözleşmesi*. Ankara.
- Sigeman, T. (2009). *Employment Protection in Scandinavian Law*. <http://www.scandinavianlaw.se> adlı internet sitesinden 19.11.2010 tarihinde indirilmiştir.
- Soyer, M.P. (2007). İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme. *İşveren*. 45, 7.
- Süral, N. (2007). Economic Implications of Employment Protection Legislation in Turkey: Has Turkey Found Its Juste Milieu?. *DEÜHFD*. 9 (özel sayı).

Süzek, S. (2009). *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*. İstanbul.

Tezel, Ş. (2007). İş Akdi Feshinin Geçerli Sebebe Dayandırılmasında Önemli İlke “Ultima Ratio”. *E-Yaklaşım*. 49.

Tınar, M.Y. (2007). “Güvenceli Esneklik” Tartışmaları ve Türkiye. *İşveren*. 45, 7.

Tunçomağ, K. (1971). *Türk İş Hukuku*. İstanbul.

Ulucan, D. (2007). İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. 4.

Yiğit, Y. (2007). İşverenin Toplu İşten Çıkarma Sürecini Çalışanlarla Görüşme Yükümlülüğü. *TİSK Akademi*. 5, 10.

