

GEÇERLİ FESİH NEDENİ OLARAK İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TOBB EKONOMİ VE TEKNOLOJİ ÜNİVERSİTESİ

FATİH KÖŞELİ

ÖZEL HUKUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

NİSAN 2022

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm koşulları yerine getirdiğini onaylarım.

Prof. Dr. Serdar SAYAN
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdürü

Bu çalışmayı okuduğumu ve çalışmanın kapsam ve içerik olarak Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı'nda bir Yüksek Lisans tezi olabilecek yeterlilikte olduğuna kanaat getirdiğimi onaylıyorum.

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun CİVAN

(TOBB ETÜ, Özel Hukuk)

Tez Jürisi Üyeleri

Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

(Ankara Üniversitesi, Çalışma Ekonomisi ve

Endüstri İlişkileri)

Doç. Dr. Betül ÖZLÜK

(TOBB ETÜ, Özel Hukuk)

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını bildiririm.

Fatih KÖŞELİ

ÖZ

GEÇERLİ FESİH NEDENİ OLARAK İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ

KÖŞELİ, Fatih

Yüksek Lisans, Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun CİVAN

İş Kanunu m.18’de, 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 nedene dayanmak zorunda olduğu düzenlenmektedir. Geçerli neden, haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte işyerinde iş görme borcunun yerine getirilmesine olumsuz tesirde bulunan nedenlerdir.

Bu nedenlerden işçinin yeterliliği, iş görme borcunun yerine getirilmesi esnasında işçinin nitelik ve nicelik açısından belirli standartların altında kalması halinde iş sözleşmesinin feshini düzenlemektedir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri işçinin kusurlu bir davranışını gerekli kılmaktayken, işçinin yetersizliği kaynaklı geçerli fesih nedenleri açısından kusur gerekli bir şart değildir. Bu yetersizlik nedenleri fiziki ve mesleki yetersizlik başlıkları altında toplanabilir. Fiziki yetersizlik, işçinin yaşı veya hastalanması gibi nedenlerle iş görme borcunu yerine getirmesi esnasında yetersiz kalmasını ifade eder. Mesleki yetersizlik ise daha çok işçinin mesleki bilgisi, yetkinliği ve donanımı ile ilişkilendirilebilir. Objektif ölçütler içeren performans değerlendirme sistemleri, her iki yetersizlik halinin ölçülmesi ve feshe dayanak oluşturması açısından büyük öneme sahiptir.

Çalışmanın son kısmında ise şüphe feshi ve baskı feshi olarak adlandırılan ve öğretilerde yoğun tartışmalar yaratan konu başlıkları incelenmekte olup, çalışmanın tamamında güncel yargı kararları ve yabancı hukuk sistemlerindeki örneklerden yararlanılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Geçerli Neden, Fesih, İşçi, Yeterlilik.

ABSTRACT

THE COMPETENCE OF EMPLOYEE AS A VALID REASON IN DISMISSAL

KÖŞELİ, Fatih

MA, Private Law

Supervisor: Asst. Prof. Orhan Ersun CİVAN

The article 18 of the Labour Law states that, for the working places employing 30 or more employees, employer has to rely on a valid reason stemming from employee's competence or misconduct or the requirements of work, working place or enterprise if it aims to terminate a contract of an employee having at least six months of seniority. Valid reason is the term which has a negative effect on the duty of working but not as much intense as just reason.

Being a sub-category of the valid reasons, the incompetence of an employee focuses on the termination of the employee working under some standards while carrying out its duty of working. The incompetence of an employee doesn't require the presence of fault, while the misconduct of employee requires the presence of that element. Incompetence also is divided into two sub-categories as physical and occupational incompetence. Physical incompetence is the situation when the employee is under some standards regarding its duty due to agedness or illness. On the other hand, occupational incompetence can be related to lack of enough occupational knowledge or competence. Performance evaluation systems are useful tools for assessing both incompetence categories and constitute a solid ground for termination.

At the end of this study, termination under third party pressure and termination on ground of suspicion which are sources of discussion in the doctrine will be tried to be enlightened. While trying to focus on valid reason term and putting forward some suggestions on specific issues, this study benefits from actual jurisprudence and some foreign law systems.

Key Words: Valid reason, Termination, Employee, Competence.

Çalışmamı bu aşamaya getirirken kendilerinden zamanımı ve ilgimi esirgemek zorunda kaldığım güzel ve fedakâr aileme,

Biricik eşim ve yoldaşım, hayatımı aydınlatan Ayfer'e,

Canımdan öte sevdiğim, yarınılardaki umutlarım olan Yiğit ve Bilge'ye...

Aile önemli bir şey değildir, her şeydir.

-Michael J. Fox-

TEŞEKKÜR SAYFASI

Öncelikli olarak çalıőmamın başından itibaren bilgi ve tecrübelerinden istifade ettiğim, değerli fikirleri ve yönlendirmeleriyle ilerlemem için doğru bir çizgi gösteren Sayın Danıőmanım Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun CİVAN'a,

Ardından da bana bu fırsatı tanıyan TOBB ETÜ ailesine, bu süreç boyunca kendilerinden ders aldığım ve görüşlerine başvurduğum kıymetli öğretim görevlilerine, tereddüt yaşadığım hususlarda beni aydınlatan enstitü personeline teşekkürü borç bilirim.



İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI.....	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT.....	v
İTHAF SAYFASI	vi
TEŞEKKÜR SAYFASI	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNDE GEÇERLİ NEDEN

Ş1. GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI	5
I. GENEL OLARAK	5
II. İŞ GÜVENCESİNİN ŞARTLARI VE GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI.....	11
III. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI	17
IV. GEÇERLİ NEDEN-HAKLI NEDEN AYRIMI	21
A. AYRIMIN ÖNEMİ	21
B. HAKLI NEDEN KAVRAMI	22
C. GEÇERLİ NEDEN VE HAKLI NEDEN KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI	25
Ş2. GEÇERLİ NEDENE DAYALI FESİHLERDE UYGULAMA ALANI BULAN İLKELER	33
I. İLKELERE İHTİYAÇ DUYULMASININ NEDENİ.....	33
II. FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ (ULTİMA RATIO)	35
A. İLKENİN GELİŞİMİ	35
B. İLKENİN YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE HUKUKUMUZDAKİ GÖRÜNÜMÜ	38
C. İLKE KAPSAMINDA ALINABİLECEK TEDBİRLER VE GENEL DEĞERLENDİRME	40
III. MENFAATLERİN TARTILIP DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ.....	46
A. İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN MENFATLERİ VE MENFAAT ÇATIŞMASI	46
B. İLKENİN YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ	50
C. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	54
IV. OLUMSUZ ÖNGÖRÜ İLKESİ	55
A. GENEL OLARAK	55
B. İLKENİN UYGULAMASI	58
C. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	62

V. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	63
A. İLKENİN TEMELLERİ	63
B. İLKENİN YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE HUKUKUMUZDAKİ GÖRÜNÜMÜ	65
C. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ	68
1. Elverişlilik.....	70
2. Gereklilik.....	71
3. Orantılılık	72
D. İLKENİN İŞ HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI VE ÖĞRETİDEKİ ELEŞTİRİLER.....	74
VI. EŞİT İŞLEM İLKESİ	80
A. HUKUKUMUZDAKİ DAYANAKLARI VE UYGULANMA KOŞULLARI... ..	80
B. ÖĞRETİ VE YARGI UYGULAMASI.....	81
C. DEĞERLENDİRME	84

İkinci Bölüm

İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENLER

§ 3. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ	85
I. YETERLİK, YETERLİLİK VE YETERSİZLİK KAVRAMLARI.....	85
II. FESİH NEDENİ OLARAK İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ.....	86
A. ÖĞRETİ VE YARGI UYGULAMASI	86
B. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE YETERSİZLİK.....	92
III. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN FESHİN İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN FESİHLERDEN AYRIŞTIRILMASI	94
§4. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDEN OLUŞTURABİLECEK HALLER	99
I. YETERSİZLİK KAYNAKLI GEÇERLİ FESİH NEDENLERİNİN TÜRLERİ... ..	99
II. İŞÇİNİN FİZİKİ YETERSİZLİĞİ.....	100
A. İŞÇİNİN HASTALIĞI.....	101
1. Genel Olarak	101
2. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Fesih Nedeni Olarak Hastalık	105
B. SIK SIK HASTALANMA	107
C. İŞİN İFASINI DEVAMLILIK OLARAK ETKİLEYEN HASTALIK.....	115
1. Genel olarak	115
2. AIDS Hastalığı Özelinde Bir Değerlendirme	116
D. İŞÇİNİN YAŞLILIĞI	119
1. Yaşlılığın Yetersizlik Olarak Nitelendirilebilirliği	119
2. Yargı Uygulaması ve Öğretideki Görüşler	123
3. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Yaşlılığın İş İlişkisine Etkisi.....	130
4. Değerlendirme ve Sonuç	133
III. MESLEKİ YETERSİZLİK	135

A. MESLEKİ YETERSİZLİK KAVRAMI.....	135
B. PERFORMANS KAVRAMI	138
1. İşçinin Sergilemekle Yükümlü Olduğu Performans Kavramı ve İçeriği.....	138
2. İşçinin Sergilemekle Yükümlü Olduğu Performansa Dair Ölçütler	142
a. Sübjektif Ölçütler	142
b. Objektif Ölçütler	144
c. Karma Ölçütler ve Ölçüt Bazında Eleştiriler	145
d. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Performans Değerlendirmesi ve Performansa Dair Ölçütler.....	152
e. Sonuç ve Değerlendirme	156
C. PERFORMANSIN ÖLÇÜLMESİ	157
D. PERFORMANS DEĞERLENDİRME SİSTEMLERİ VE TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER	159
1. Objektiflik	161
2. İşin ve İşyerinin Niteliğine Uygunluk.....	163
3. Gerçekçi ve Ulaşılabilir Kriter Belirlenmesi.....	164
4. Kriterlerin İşçilerce Bilinmesi ve Öngörülebilir Olması.....	165
5. Değerlendirme Süresinin Makul Olması.....	167
6. İşyeri Koşullarının Dikkate Alınması	169
7. Değerlendirme Kapsamına Alınacak İşçi Grubu	171
E. PERFORMANS DÜŞÜKLÜĞÜNÜN İSPATI.....	173
F. KANUN GEREKÇESİNDE BELİRTİLEN DİĞER MESLEKİ YETERSİZLİK HALLERİ.....	175
1. İşe Yatkın Olmamak	175
2. Öğrenme ve Kendini Geliştirmede Yetersizlik	176
3. Uyum Yetersizliği	177
4. İşe Yoğunlaşmanın Azalması.....	177
G. ÖĞRETİDE YER VERİLEN DİĞER MESLEKİ YETERSİZLİK HALLERİ..	178
1. İşçinin Sahip Olması Gereken Yasal İzin ve Ehliyetin Yokluğu.....	178
a. Genel Olarak.....	178
b. Gerekli Yasak İzin ya da Ehliyetin Niteliği	179
c. İş Sözleşmesinin Başlangıcında Gerekli İzin ya da Ehliyetin Yokluğu.....	181
d. İş Sözleşmesi Kurulduktan Sonra Yasal İzin ya da Ehliyetin Kaybedilmesi	183
e. Değerlendirme ve Sonuç	186
2. Dini İnanç ya da Vicdani Kararın veya Bu Nedenlerle İş Görmemenin Yetersizlik Teşkil Etmesi.....	187
a. Din ve Vicdan Hürriyeti Kavramları.....	187
b. Koruma Kapsamındaki İnanç ve Hürriyetler	188
c. İnanç ve Vicdani Kararın İş Görme Borcuna Yansımaları ve Yargı Uygulaması.....	190
d. Sonuç ve Değerlendirme	201
3. Eğilimli İşletmelerde İşçinin İnanç ve Görüşlerinin İşletmenin Çizgisiyle Çelişmesi.....	202
a. Eğilimli İşletme Kavramı	202
b. Eğilimli İşletmelerin Çalışanlardan Beklentileri.....	203
c. Manevi Amaç Taşıyıcısı Olan İşçi	204
d. İşçinin Uyum Yükümlülüğünün Kapsamı	205
e. Sonuç ve Değerlendirme	207

4. Evlilik ve Boşanmanın Yetersizliğe Dayanan Geçerli Neden Teşkil Etmesi	208
a. Genel Olarak.....	208
b. 6284 sayılı Kanun Kapsamındaki Tedbir Kararlarının İş Görme Borcuna Yansımaları	210
c. Sonuç ve Değerlendirme	211
5. İşçinin İşyeri Dışında Suç İşlemesi, Bu Kapsamda Gözaltına Alınması ve Tutuklanmasının Geçerli Neden Oluşturması	213
a. Haklı Fesih Nedeni Teşkil Eden Haller.....	213
b. Geçerli Fesih Nedeni Teşkil Eden Haller ve Feshin Niteliği.....	213
6. İşçinin Borçluluk Durumu ya da Maaşı üzerinde Haciz Uygulanmasının Yetersizlik Teşkil Etmesi	217
a. Genel Olarak.....	217
b. Borçluluğa ya da Maaş Üzerindeki Hacze Dayalı Feshin Niteliği	219
c. Değerlendirme ve Sonuç	223
7. Covid-19 Aşısı Olmayı Reddeden İşçilerin Yeterlilik Açısından Değerlendirilmesi	224
a. Genel Olarak.....	224
b. Kişinin Yaşam Hakkı ve Aşının Tıbbi Müdahale Niteliği.....	225
c. Aşı Zorunlu mudur?	227
d. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Yetki ve Sorumluluğu	231
e. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Aşı Uygulaması	238
f. Covid-19 Aşılarının Gelişim ve Uygulama Süreci	243
g. Covid-19 Kapsamında Aşının Reddedilmesinin Fesih Kapsamında Değerlendirilmesi.....	246
h. Feshin Geçerli Fesih Kapsamında Nitelendirilmesi.....	250
1. Aşı Harici Tedbirlere Uyulmamasının Fesih Kapsamında Değerlendirilmesi	252
i. Covid-19 Kapsamındaki Tedbirlerin Kişisel Veri Boyutu	254
H. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ DEĞERLENDİRMESİNDE HEDEF SÖZLEŞMELERİ	255
1. Genel Olarak	255
2. İşverence Belirlenen Hedefler ile Hedef Sözleşmeleri Karşılaştırması	257
3. Hedef Sözleşmelerinin Bağlayıcılığı ve Hedefe Ulaşılmasının Sonuçları	258
4. Hedefe Ulaşılmaması Yetersizlik Teşkil Eder mi?	260

Üçüncü Bölüm

İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE DAYALI FESİHTE ÖZEL DURUMLAR

§5. ŞÜPHE FESHİ	264
I. GENEL OLARAK	264
II. ŞÜPHE FESHİNİN ŞARTLARI	267
A. KUVVETLİ VE OBJEKTİF BİR ŞÜPHENİN VARLIĞI.....	267
B. ŞÜPHENİN İŞÇİYE İSNAT EDİLEBİLMESİ	269
C. İŞVERENİN KONUYU AYDINLATMAK İÇİN MÜMKÜN OLAN TÜM ÇABAYI GÖSTERMİŞ OLMASI	271

III. ŞÜPHE FESHİNİN CEZA YARGILAMASI İLE İLİŞKİSİ	272
IV. FESHE EGEMEN OLAN İLKELER ÖZELİNDE DEĞERLENDİRME	274
V. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE ŞÜPHE FESHİ	275
VI. ŞÜPHE FESHİNİN NİTELİĞİ	276
Ő6. BASKI FESHİ	279
I. GENEL OLARAK	279
II. BASKI FESHİNİN TÜRLERİ VE ŞARTLARI	280
III. BASKI FESHİNİN NİTELİĞİ	282
SONUÇ	284
KAYNAKÇA	314



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Article
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AZR	: Aktenzeichen für Revisionsverfahren
B	: Başvuru
b.	: Bent
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BAGE	: Bundesarbeitsgerichtsentscheidungen
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
Bs	: Baskı
BverfGE	: Bundesverfassungsgerichts
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi

CGK	: Ceza Genel Kurulu
D.	: Daire
E	: Esas Numarası
E.T	: Erişim Tarihi
f.	:Fıkra
GK	: Genel Kurul
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İK	: İş Kanunu
ILO	: International Labour Organization
K	: Karar numarası
KSchG	: Kündigungsschutzgesetz
LAG	:Landesarbeitsgericht
LAGE	:Landesarbeitsgerichtsentscheidungen
m.	: madde
No	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (dergi)
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (dergi)
Para	: Paragraf
RAG	: Reichsarbeitsgericht

RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
vb.	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YİBBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBHGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'na göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi taahhüt ettiği, süreklilik arz eden belirli ya da belirsiz süreli bir sözleşmedir (m. 8/1). Yine aynı Kanun'a göre söz konusu taraflar arasında kurulan ilişki iş ilişkisidir (m. 2).

Taraflara karşılıklı borç yükleyen iş sözleşmesi; tarafların anlaşması (ikale), ölüm, belirli sürenin sona ermesi ya da fesih yoluyla sona ermektedir. Söz konusu sona erme hallerinden fesih, işçi ya da işverenin karşı tarafa yönelttiği tek taraflı bir irade beyanıyla iş sözleşmesini derhal ya da belirli bir sürenin geçmesini takiben sonlandırdığı bir yoldur. Hukuki niteliği açısından bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih bildirimiminin geçerliliği ulaşma şartına bağlı olup, karşı tarafın kabulü gerekli değildir¹. Fesih bildirimiminin iş sözleşmesini sona erdirme etkisi açısından, iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının bir etkisi olmamakla birlikte, usul açısından farklılıklar mevcuttur.

İş sözleşmelerinin feshi, bildirimli fesih ve bildirimsiz fesih şeklinde ikiye ayrılmakta olup, İş Kanunu m. 24 ve m. 25 uyarınca haklı nedenlerin varlığı halinde söz konusu olan bildirimsiz fesih iş sözleşmesini derhal sona erdirmektedir. Bildirimli fesih ya da süreli fesih ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen istisnai

¹ **Sarper Süzek:** İş Hukuku, 20. Bs, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 522; **Ömer Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan:** Bireysel İş Hukuku, 9. Bs, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 182; **Hadi Haluk Sümer:** İş Hukuku Uygulamaları, 7. Bs, Seçkin Yayıncılık, Konya 2019, s. 98; **Nihat Seyhun Alp/Fahrettin Korkmaz:** Bireysel İş Hukuku, 4. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 187; **Binnur Tulukçu:** "Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2002), C.1, S.1, s. 556.

bir hal² hariç kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olup, belirli bir önel süresinin sonunda iş sözleşmesini sona erdirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu m. 17'ye göre kendisine süreli fesih bildirim yapılan tarafın, bu iş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanabilecek zararlardan kaçınması ve ilerideki sürece hazırlık yapabilmesi açısından, işçinin çalışma süresi temel alınarak tespit edilen ve bildirim süresi olarak nitelendirilen bir süreç öngörülmüştür. İlgili maddede tespit edilen süreler asgari nitelikte olup, daha uzun sürelerin belirlenmesi mümkündür. Diğer bir deyişle ilgili düzenleme nispi emredici niteliktedir³.

İş Kanunu m. 17 düzenlemesi çerçevesinde değinilmesi gerekli bir diğer husus ise iş güvencesi kavramıdır. İş güvencesi iş sözleşmesinin tarafları arasında belirli bir denge kurmayı sağlayan ve işçi açısından koruyucu nitelikte bulunan, iş ilişkisinin sürekliliğine katkıda bulunan bir müessesedir⁴. İşveren karşısında nispeten daha zayıf sosyal ve ekonomik koşullara sahip olan işçi tarafının belirli bir iş güvencesine sahip olması maksadıyla, işverenin bildirimli fesih hakkını kullanabilmesi için Kanun'da belirli düzenlemeler öngörülmüştür (m. 18, 19, 20, 21). Ancak yine Kanun'da öngörüldüğü üzere tüm işçiler iş güvencesi kapsamında sayılmamakta olup, kapsamda sayılmak için belirli şartların karşılanması gereklidir.

İş Kanunu m. 18'e 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 nedene dayanmak zorundadır. Görüldüğü üzere

² TBK m. 430/3: Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder.

³ Süzek, s. 528; Sümer, İş Hukuku, s. 99-100; Alp/Korkmaz, s. 189.

⁴ Süzek, s. 553; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 196; **Özkan Ertekin**: İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 2.

iş güvencesi kapsamında yer almak için; İş Kanunu kapsamında işçi sayılmak, belirsiz süreli bir sözleşmesinin bulunması, iş sözleşmesinin işverence feshi, işçinin en az altı aylık kıdeminin bulunması ve işyerinde en az otuz işçinin çalışması gereklidir. Ayrıca İş Kanunu m. 18/son düzenlemesinde, *“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 hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”* hükmü yer almakta olup, belirli konumdaki işveren vekilliği sıfatının bulunmaması da iş güvencesi kapsamında bulunmanın şartlarından birisidir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) çeşitli sözleşme ve kararlarında da yerini bulan iş güvencesi müessesesi, işverenin fesih hakkını elinden almamakla birlikte belirli sınırlamalara tabi kılmaktadır⁵.

Yapılan açıklamalar uyarınca süreli fesih hakkının iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler açısından farklı yansımaları mevcuttur. İş Kanunu m. 17 doğrultusunda, işverenin iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir nedene dayanma mecburiyeti yoktur. İş güvencesine sahip olmayan işçilerin de fesih karşısında somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmek kaydıyla, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, kıdem tazminatı ve maddi-manevi tazminat hakları bulunmaktaysa da, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından geçerli bir nedene dayanmayan feshin sonuçları Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir (m. 18 vd).

Geçerli neden kavramı Kanun'da net bir şekilde somutlaştırılmamış olup, bu alanda zamanla gelişecek yargı kararlarına ve öğretinin çalışmalarına ihtiyaç

⁵ Süzek, s. 553; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 196; Ertekin, s. 1-3; Alp/Korkmaz, s. 196.

duyulmaktadır. Özellikle geçerli neden ile derhal fesih imkânı sağlayan haklı fesih nedenleri arasındaki ayrımın netleştirilmesi, gelecekte yaşanabilecek uyuşmazlıkların çözümüne önemli katkı sağlayacaktır. Benzer şekilde işçinin yetersizliği sebebiyle gerçekleştirilen fesih işlemine dair öğretide ve uygulamada gelişen kriterlerin, özellikle de feshin son çare olması ilkesi ve olumsuz öngörü ilkesinin yorumlanmasının ve söz konusu ilkelerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde somutlaştırılmasının konunun aydınlatılmasına fayda sağlayacağı değerlendirilmektedir.

▼ Bu doğrultuda çalışmamızın birinci bölümü geçerli neden kavramı ve geçerli nedene dayalı feshe egemen olan ilkeler üzerinedir. Ayrıca, uygulamada üzerinde yoğun bir şekilde durulan geçerli neden-haklı neden ayrımı da incelenmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümü işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler üzerinedir. Bu bölümde işçinin yetersizliğinin ne anlam ifade ettiği, yetersizliğin türleri ve yetersizliğin feshe dayanak teşkil etmesi için aranan koşullar incelenmektedir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde işçinin yetersizliğine dayalı fesihte karşılaşılan özel durumlar üzerinde durulmaktadır. Söz konusu özel durumlar şüphe feshi ve baskı feshi başlığı altında incelenmekte olup, belirtilen fesih türlerinin hukuk sistemimizdeki uygulaması yabancı hukuk sistemleri de göz önünde bulundurularak değerlendirilmektedir.

Birinci Bölüm

İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNDE GEÇERLİ NEDEN

Ş1. GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Geçerli neden kavramını, objektif iyiniyet kurallarıyla uyumlu, makul nedenler olarak ifade etmek mümkündür⁶. İş hukuku açısından da ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde sözleşmenin derhal sonlandırılmasını gerektirecek bir ağırlıkta değerlendirilmeyen, ancak işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde işyerindeki çalışma düzenini olumsuz yönde etkileyecek nedenler tanımlamak mümkündür⁷.

Hukukumuzda yer alan iş güvencesi ve geçerli neden kavramları kaynaklarını uluslararası düzenlemelerden almaktadır. Bu konuda esas düzenleme, 1982 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Konferansı'nca kabul edilen 158 sayılı Hizmet İlişkinde Son Verilmesi Sözleşmesi ve 119 sayılı İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye Kararıdır. Sözleşmenin 4'üncü maddesinde, fesih esnasında geçerli bir nedene dayanılması gerektiği, işçinin kapasitesi bağlamında ele alınabilecek bazı hususların ve işin akışına dair gerekliliklerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturabileceği belirtilmiştir⁸. Geçerli fesih nedenleri başlık olarak belirtilmiş olsa da, somut olarak hangi

⁶ **Sami Narter**: İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 106; **Eda Manav**: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 98; **İlkiz Orhon**: İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 22.

⁷ **Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal**: İş Hukuku Ders Kitabı, 1. Bs, Lykeion Yayınları, Ankara 2017, s. 340; **Nurşen Caniklioğlu**: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 69; Ertekin, s. 604; **Tuncay Can**: "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi (2003), C:17, S:3, s. 6; **Öcal Kemal Evren**: İş Güvencesi El Kitabı, Kavram-Uygulama-Yargıtay Kararları, 2. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 65.

⁸ Maddenin Türkçe çevirisinde eksiklik olduğunu belirten görüşe göre, "Bu maddenin Türkçeye çevirisinde eksiklik bulunduğundan orijinal metne uygun olarak maddeyi, işçinin kişiliğinden

fesih nedeninin kapsama gireceği ayrıca ifade edilmemiştir. Bununla birlikte, sözleşmede uygulamaya dair usulleri belirleyen m. 1 kapsamında, mahkeme-hakem kararları, iş sözleşmeleri gibi mekanizmalardan birisi ile geçerli nedenlerin somutlaştırılabileceği ve bu konuda belirli kriterlerin saptanabileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu sözleşmenin 1994 yılında ülkemizde kabul edilmesi ve müteakiben sözleşmeye uyum sağlanması çalışmaları kapsamında geçerli neden kavramının hukukumuzda girişi 4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un m. 13/A düzenlemesiyle olmuştur. Geçerli neden kavramı sonradan ihdas edilen 4857 sayılı İş Kanunu’nda da mevcudiyetini korumuştur. Söz konusu kavram, işverenin işçinin sözleşmesini süreli fesih yoluna başvurarak feshetmesi için gerçekleşmesi şart olan nedenleri ifade etmekte olup, iş güvencesi açısından büyük önemi haizdir⁹.

İş güvencesi kurumuna mevzuatımızda yer verilmesinden önceki dönemde, işverenin fesih bildiriminde bulunurken belirli sürelerle riayet etmesi gerekliliği haricinde geçerli bir neden göstermek gibi bir mecburiyeti bulunmamaktaydı¹⁰. Nitekim 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki düzenlemelerin işçilerin insani boyutunu göz önünde bulundurması açısından yetersiz kaldığı ve bu yetersizliğin toplu iş sözleşmeleriyle yumuşatılmaya çalışıldığı öğretilde ifade edilmekteydi¹¹. Bildirim

(yeteneğinden) veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden bulunmadıkça iş ahdine son verilemez, şeklinde anlamak daha uygun olacaktır.” (Sarper Süzek: “İş Ahdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Kamu-İş Dergisi (2002); C: 6, S: 4, s. 4, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/644.pdf>, E.T: 27.04.2021.

⁹ Ayşegül Sarı: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 112.

¹⁰ Belirtilen dönemde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13’üncü maddesi, herhangi bir iş güvencesi sağlamadan, işverene herhangi bir gerekçe ileri sürme ya da sunduğu sebebi ispatlama gereği olmadan bazı tazminatları ödemek suretiyle işten çıkarma imkânı vermekteydi (Evren, s. 23).

¹¹ Mustafa Kılıçoğlu: “İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri Kapsamında Gözden Geçirilmesine İlişkin Birkaç Söz”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2015), C. 12, S. 46, s. 150.

sürelerinin bitiminde iş sözleşmesi kesin surette ortadan kalkmakta, eğer süreye yönelik bir ihlal söz konusu olursa ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ya da kötüniyet tazminatı söz konusu olabilmekteydi¹².

Her ne kadar Sözleşmenin m. 2/1 düzenlemesinde, sözleşmenin “*istihdam edilen tüm kişilere ve ekonomik faaliyetin tüm dallarına*” uygulanacağı ifade edilmiş olsa da; devamındaki m. 2/5 düzenlemesinde, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarına da danışılmasını müteakiben yetkili otorite tarafından istihdam koşulları göz önüne alınmak suretiyle bazı sınırlı işçi gruplarının ve doğası ya da boyutu dikkate alınarak bazı işletmelerin sözleşmeden hariç tutulabileceği belirtilmiştir.

İş hukukunun gelişimine dair çağdaş dönemde, süreli fesih bildiriminde bulunarak iş akdinin sona erdirilmesi hakkından yararlanmada tarafların eşit kabul edildiği geleneksel anlayış, yerini kayda değer ölçüde işçi tarafının fesih esnasında korunması düşüncesine bırakmış durumdadır¹³. İş Kanunu kapsamında da işçinin iş sözleşmesinin feshi noktasındaki geleneksel anlayışta değişikliğe gidilmiş ve hakkın kötüye kullanılması teorisinin yerine işverenin süreli fesih hakkının kısıtlanması teorisi benimsenmiştir¹⁴. Bu doğrultuda, yukarıda da ifade edildiği üzere haklı neden

¹² **Ünal Narmanlıoğlu:** “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Haziran 2016), S.74, s. 551.

¹³ Süzek, s. 16; Evren, s. 22; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz; “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 kurumudur. İş güvencesi kavramına, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar tanınması, biçiminde bir anlam kazandırılmıştır. Esas ve öz olarak, işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması, engellenmek istenmiştir. Şu halde iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ise, işverenin işçiyi işten çıkartırken yasanın öngördüğü geçerli bir nedene dayanması koşulu ve bu nedenin yargıç tarafından denetimi ile ulaşılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hakkını objektif iyiniyet kurallarına aykırı biçimde kullanması olarak tanımlanmaktadır.” Y9HD, T. 20.04.2009, E. 2008/27835, K. 2009/11273, www.legalbank.net, E.T: 04.05.2021.

¹⁴ Canıklioğlu, s. 67; Sarı, s. 113.

ağırlığında olmasa da geçerli nitelikte bir nedenin varlığı fesih işleminde aranan bir kıstas olacak ve bu durum da işverenin iş ilişkisinin sonlandırılması noktasında keyfi hareket etmesini mümkün mertebe engelleyecektir¹⁵. Nitekim işçi ve işveren tarafının benzer sosyal ve ekonomik koşulları haiz olduğunu iddia etmek mümkün olmayıp, bu noktada zayıf tarafın korunmasına yönelik bir eğilim haklı bir şekilde belirmektedir¹⁶.

Söz konusu eğilim dayanağını yalnızca iş hukukuna ilişkin düzenlemelerden almamakta olup, işçinin korunması hususu Anayasal düzeyde de kendine yer bulmaktadır. Sosyal hukuk devleti ilkesinin de bir tezahürü olarak Anayasa m. 49/2, *“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.”* hükmünü haizdir. Buna göre özellikle sosyo-ekonomik açıdan zayıf olan işçi tarafının hak ve menfaatlerinin korunması açısından devletin yükümlülükleri mevcuttur¹⁷. Nitekim işsizlere iş sağlamak kadar mevcut iş ilişkilerinin korunması da toplumsal refah ve sosyal barışa katkı sağlar¹⁸. Bu noktada, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, Anayasa m. 65 gereğince bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü olduğu da göz ardı edilmemelidir.

¹⁵ **Ali Güzel:** “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2005/1, s. 162; Narter, s. 106; **Nüvit Gerek :** “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih- Usulsüz Fesih-Kötüniyetli Fesih”, Karatahta İş Yazıları Dergisi (2015), S. 2, s. 4; **Barış Karakurt:** İş Sözleşmesinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 36; **Gülsevil Alpagut:** “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi (2008), S. 65, s. 89.

¹⁶ Süzek, s. 2; **Binnur Tulukçu:** İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 17.

¹⁷ Tulukçu, İş Güvencesi, s. 20.

¹⁸ Süzek, s. 17; Alpagut, İş Güvencesi, s. 89.

İş hukukunun ortaya çıkışı işçinin korunması düşüncesi üzerine olmuştur¹⁹. Bu yanıyla iş hukuku, sözleşme hukukundan belli açılarda ayrılmakta ve farklı kurallar çerçevesinde gelişim göstermektedir²⁰. Nitekim Yargıtay'ın 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı da “*İş Hukukuna ilişkin hükümlerin yorumunda tereddüt yaşanması halinde işçi lehine olan koşulların kabul edilmesi gerektiği...*” ifadeleriyle işçi lehine bir yorumu tercih ederek, işçinin korunmasına yönelik bakış açısını ortaya koymuştur²¹. Ancak, şüphe doğurmayacak kadar açık, kesin ve anlaşılır nitelikte olan kurallarda işçi lehine yorum ilkesinin uygulanamayacağı aşikârdır²².

Yapılan açıklamalara hâkim olan anlayış ve işçinin menfaatinin de ölçülülük ilkesi çerçevesinde işverenin menfaati karşısında korunması ihtiyacı gereğince, İş Kanunu m. 18’de 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 nedene dayanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır²³. Bu geçerli neden Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere açık ve kesin bir şekilde

¹⁹ Tulukçu, İş Güvencesi, s. 21.

²⁰ Süzek, s. 45; **Bektaş Kar:** “İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013), C. 15, Özel Sayı, s. 879.

²¹ “Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihî sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyarak içtimai muvazaneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirine lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca iş hukukuna ait hükümlerini tefsirine tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatı da bu esas benimsenmiş bulunmaktadır. Hâdiseye tatbiki gerekli metinler incelenince hemen hemen tereddüde yer olmamakla beraber, bir tereddüdün söz konusu olabileceği kabul edilse dahi, heyetçe varılan netice burada hatırlatılan tefsir esasına da uygun bulunmaktadır.” YİBHKG, T. 27.05.1958, E. 1957/15, K. 1958/5, www.lexpera.com.tr, E.T: 27.04.2021; Aynı yönde bkz; Kar, s.879.

²² Süzek, s. 22; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 36; Alp/Korkmaz, s. 32.

²³ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimini yazılı yapılıp yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse Aynı Kanunun 21.maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir.” İş Kanunu m. 18 hükmünün 1-29 işçinin çalıştığı işyerlerindeki işçileri iş güvencesi dışında bırakması öğretide kanunun en büyük eksikliği olarak nitelendirilmektedir.” Y22HD, T. 02.07.2020, E. 2020/2536, K. 2020/8635, www.legalbank.net, E.T: 01.05.2021; Aynı yönde bkz; **Tankut Centel:** Introduction to Turkish Labour Law, Springer International Publishing, 2017, s. 177.

belirtilmelidir. Sadece kanun maddesinin belirtilmesi suretiyle²⁴ ya da “Görülen lüzum üzerine”, “İşyerinde düzenin ya da huzurun sağlanması” gibi soyut ifadelerle dayanılarak gerçekleştirilen fesihler geçerli fesih teşkil etmemektedir²⁵.

Düzenleme çerçevesinde işverenin fesih yoluna başvururken dayanabileceği nedenler iki başlık altında toplanmıştır. İşçiden kaynaklanan nedenler olarak ifade edilebilecek işçinin davranışları ve yetersizliği ilk başlığı oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler ise ikinci başlığı oluşturmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de iş güvencesi kapsamında benimsenen geçerli fesih nedenleri bu iki başlık çerçevesinde şekillendirilmektedir²⁶. Örnek olarak verilebilecek Alman hukukunda da işçi ve işletmeden kaynaklanan nedenler şeklinde bir ayırım vardır²⁷. İşverenin geçerli nedenle fesih esnasında bu nedenlerden ikisine birden başvurmasının mümkün olmadığı, yalnızca birine başvurması gerektiği ifade edilmektedir. İşçiden kaynaklanan fesih nedenlerinden farklı olarak, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri işçiden bağımsızdır²⁸.

²⁴ “Dosya içeriğine göre, davalı işveren, davacı işçinin iş sözleşmesini “Yönetim Kurulu’nun 05.07.2005 tarihli kararı gereği Disiplin Komitesinin kararı uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca” feshettiğini belirterek bildirimde bulunmuş, bu bildirimde anılan kararlara yer verilmemiştir. Yapılan bildirim 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesine uygun olduğu kabul edilemez. Bildirimde fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiştir. Bunun yanında mahkemece, davalı işverenin tek taraflı düzenlediği teftiş raporu dışında herhangi bir delile başvurulmadan sonuca gidilmiştir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren, geçerli fesih nedenini kanıtlayamamış. Davacı işçinin davranışlarının işyerinde ne gibi olumsuzluklara yol açtığını açıklayamamıştır. Davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmamaktadır, Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.” Y9HD, T. 04.06.2007, E. 2007/7891, K. 2007/17684, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.15, 2007, s. 221-223.

²⁵ **Seracettin Göktaş:** “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, Ankara Barosu Dergisi (K15 2008), S:1, s. 32.

²⁶ **Gülsevil Alpagut:** Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi ve Sosyal Boyutları, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu İktisadi Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 88.

²⁷ Caniklioğlu, s. 69.

²⁸ **Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:** “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 301-302.

II. İŞ GÜVENCESİNİN ŞARTLARI VE GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI

İş güvencesi kanuni düzenleme gereğince tüm işçilere tanınan bir hak niteliğinde değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere İş Kanunu m. 18 düzenlemesi kapsamında güvenceden yararlanmak için, İş Kanunu kapsamında işçi sayılmak, belirsiz süreli bir sözleşmesinin bulunması, iş sözleşmesinin işverence feshi, işçinin en altı aylık kıdeminin bulunması ve işyerinde en az 30 işçinin çalışması gereklidir. Belirtilen şartlar şekli ve kümülatif nitelikte olup, herhangi bir şartın sağlanmaması iş güvencesinden yararlanılamamasına sebebiyet verecektir. Şartlar arasında asli-tali gibi bir önceliklendirme de mevcut olmayıp, ancak şekli şartların tamamlandığının anlaşılmasının ardından uyumsuzluğun içeriğine dair bir inceleme gerçekleştirilmektedir²⁹.

Bununla birlikte iş güvencesinin şartları açısından belirtilmesi gerekli önemli bir husus da, bu şartların nispi emredici nitelikte olduğudur³⁰. Dolayısıyla belirtilen şartların işçi lehine olacak şekilde taraflar arasında belirlenmesine bir engel bulunmamaktadır. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da bu hususa değinilmiş ve toplu iş sözleşmesinde mevcut bulunan ve işyerindeki işçi sayısı göz önüne alınmaksızın iş güvencesi hükümlerinin tatbik edileceğine dair düzenlemenin geçerli olacağı karara bağlanmıştır³¹.

²⁹ Evren, s. 31.

³⁰ Evren, s. 38.

³¹ “İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi açısından işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerektiği yönündeki kural nisbi emredici niteliktedir. Daha az işçi çalıştıran işyerlerinde, sözleşmenin tarafları, nisbi emredici bu kurulanın uygulanmaması gerektiğini kararlaştırabilirler. Somut olayda davacının kapsamında olduğu 15.01.2009- 04.01.2011 tarihleri arasındaki dönem için geçerli olan Toplu İş Sözleşmesi'nin 24. maddesinde “..İş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı Kanun'un iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında davacının işe iade davasının görülmesinde artık otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerektiği yönündeki koşul aranmaksızın işin esasına girilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.” Y22HD, T. 19.01.2012, E. 2011/5056, K. 2012/194, www.legalbank.net, E.T: 04.05.2021; Aynı yönde bkz; Alpagut, İş Güvencesi, s. 89.

Fesih esnasında dayanılması gereken geçerli nedenin mevcut olduğunun ispat yükü işveren üzerindedir (m. 20/2). İşveren öncelikle feshin biçimsel koşullara uygun gerçekleştirildiğini, sonra da içeriksel olarak feshin geçerli ya da haklı olduğunu ortaya koymalıdır³². Eğer işveren söz konusu ispat yükümlülüğünü yerine getirirse ve ardından işçi farklı bir fesih nedeni bulunduğu yönünde iddiada bulunursa ispat yükümlülüğü işçiye geçer³³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, iş güvencesine ilişkin hükümler işveren tarafınca gerçekleştirilen bildirimli fesihlerde söz konusu olup, işçi tarafının yaptığı bildirimli fesihlerde geçerli nedene dayanma mecburiyeti bulunmamaktadır³⁴. Dolayısıyla işçi tarafından yapılan fesihlerde işçinin iş güvencesinden faydalanması

³² “İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu kanıtlayacaktır. Buna göre fesih işlemini yazılı yapmış olması, belli durumlarda işçinin savunmasını istediğini belgelemesi, yazılı fesih işleminin içeriğinde dayandığı fesih sebeplerini somut ve açık olarak göstermiş olması gerekir. İşverenin biçimsel koşulları yerine getirdiği anlaşıldıktan sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunun kanıtlanması aşamasına geçilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. 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 olasılığında kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi 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.” Y9HD, T. 24.04.2017, E. 2016/10488, K. 2017/7094, www.legalbank.net, E.T: 01.05.2021.

³³ **Bektaş Kar:** “İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 17, 2008/2, s. 103; Bu yöndeki yargı kararı için ayrıca bkz; “4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının 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 delillerle 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 sendikale nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.” Y9HD, T. 21.01.2013, E. 2012/26152, K. 2013/2004, www.legalbank.net, E.T: 01.05.2021.

³⁴ Sümer, s. 203; Evren, s. 22.

söz konusu değildir. Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, herhangi bir zorlamanın mevcut olmadığı hallerde, işçinin bu yöndeki talebi üzerine işverenin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda da iş güvencesi hükümlerinden yararlanılamayacaktır³⁵. Ancak istifa dilekçesinin genel ifadeler taşıması halinde, dilekçenin arkasında farklı bir sebebin yer alıp almadığı hususunda bir inceleme yapılması gerekir³⁶.

Genel bir çizgide ifade edilen Kanun metninden farklı olarak, Kanun'un madde gerekçelerinde her iki başlık için de örnek niteliğinde nedenler belirtilmiş olup, söz konusu örnekler Alman Federal İş Mahkemesi kararları temel alınarak kaleme alınmıştır³⁷. Yine madde gerekçelerinde ifade edildiği üzere, geçerli nedenler mezkûr Kanun'un 25'inci maddesinde düzenlenen "haklı nedenler" kadar ağırlık ve yoğunlukta olmayan, ancak işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini ve işyerinin olağan çalışma koşullarını olumsuz manada ve önemli ölçüde etkileyen nedenlerdir³⁸. Geçerli neden teşkil eden hallerde, işçinin yetersizliği ve davranışları işin düzen, disiplin ve güvenliğine olumsuz tesir etmekte, çalışanlar arasında tesisi şart

³⁵ "Davacı tarafından 13.04.2009 tarihli davalı bankaya hitaben el yazısı ile yazdığı yazıda kıdem ve ihbar tazminatlarının tarafıma ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshini talep ettiği, talebi dikkate alınmak suretiyle kıdem ve ihbar tazminatları ödenerek 13.4.2009 tarihi itibarıyla sözleşmesi feshedildiği anlaşılmıştır. Davacının iş akdinin kendisinden gelen talep üzerine sonlandırıldığı, davacıya ihbar ve kıdem tazminatları ödendiği gibi maaş tutarı ekstra ödeme yapıldığı, davacının iş akdinin sonlandırılmasına yönelik talebin irade fesada uğradığını kanıtlayamadığını, iş akdinin davacı talebi üzerine feshedilmesi karşısında işe iadesine karar verilmesi hatalıdır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmektedir." Y9HD, T. 13.04.2011, E 2009/49584, K. 2011/11186, www.legalbank.net, E.T: 01.05.2021.

³⁶ "Diğer taraftan, yargılama süreci boyunca davacı iradesi dışında kendisinden istifa dilekçesi alındığı konusunda herhangi bir somut delil sunmadığı açıktır. Ancak istifa dilekçesinin genel bir içerik taşıması halinde istifa dilekçesinin ardındaki gerçek durumun araştırılması gerekmektedir." YHGK, T. 12.04.2017, E.2014/2437, K. 2017/718, www.lexpera.com.tr, E.T: 01.05.2021.

³⁷ **Emine Tuncay Senyen Kaplan:** Bireysel İş Hukuku, 10. Bs, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 286; Caniklioğlu, s. 68.

³⁸ Süzek, s. 573; **Ercan Akyiğit:** İş Hukuku, 12. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 329; Sarı, s. 114; Narmanlioğlu, s. 555; Gerek, s. 4; Evren, s. 65; **Ahmet Süleyman:** "Sürelî Fesihle İşçinin Kişiliğinden ve Özel Hayatından Kaynaklanan Nedenler", İstanbul Barosu Dergisi (2019), C:93, S: 2, s. 51.

olan çalışma barışını bozmakta, işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisine zarar vermektedir³⁹.

Dolayısıyla haklı neden ve geçerli neden kavramları birbirinden farklı niteliktedir⁴⁰. İş ilişkisinin sürdürülmesinin, işveren açısından makul ve önemli ölçüler içinde beklenemeyeceği durumların, geçerli neden teşkil edebileceği yine m. 18 gerekçesinde ifade edilmiştir. Burada ifade edilen makul ölçülerin, işveren açısından subjektif olarak değil, objektif olarak değerlendirilmesi gereklidir⁴¹. Bir Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere işçinin söz konusu davranışının işyerinin genel işleyişi üzerinde olumsuz bir etki bırakması gerekmektedir⁴². Belirtilen karar, m. 18 gerekçesinde yer alan “*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 neden sayılamaz*” ifadeleri ile de paralel niteliktedir⁴³.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere söz konusu örnekler ile geniş bir kavram olarak nitelendirilen geçerli neden kavramına objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmıştır. Söz konusu örnekler sınırlandırıcı nitelikte olmayıp, yol gösterme amacını taşımaktadır⁴⁴. Uygulamanın ne yönde gelişeceği ve geçerli fesih-

³⁹ Caniklioğlu, s. 68.

⁴⁰ “Yerel mahkemece, değinilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmişse de, kararın gerekçe kısmında, feshin haklı ve geçerli nedene dayandığı belirtilmiş olmakla, her iki fesih sebebinin birbirinden farklı kavramlar olduğu göz önüne alındığında, hükmün kendi içinde çelişki içerdiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, red hükmünün hangi fesih sebebinin kabulü ile kurulduğu hususu açıklığa kavuşturularak, bu doğrultuda karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, T. 16.11.2009, E. 2009/8348, K. 2009/32051, www.legalbank.net, E.T:01.05.2021.

⁴¹ Evren, s. 66.

⁴² “4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu’nun 25.maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir.” Y9HD, T. 02.03.2015, 3531/8561, www.lexpera.com.tr, E.T: 26.04.2021; Aynı yönde bkz; Süleyman, s. 58.

⁴³ Alp/Korkmaz, s. 209.

⁴⁴ Caniklioğlu, s. 69.

haklı fesih ayrımının nasıl yapılacağı hususunda ise yargı kararlarının ve öğretinin belirleyici rol oynayacağı da madde gerekçesinde ifade edilmiştir. Bu noktada kanun koyucu tabiri caizse bilinçli susmayı tercih ederek hâkime belirgin bir takdir yetkisi tanımıştır⁴⁵. Dolayısıyla hâkim önüne gelen uyuşmazlıklarda her somut olayın koşullarını kendi içerisinde değerlendirerek ve taraflar arasındaki dengenin kurulmasını gözeterek uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır⁴⁶. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin kurulması kapsamında devlete de yetki ve sorumluluklar verilmiş olup, bu esnada ölçülülük ilkesinin göz önünde tutulması gereklidir⁴⁷.

Yukarıda ifade edilen hususların yanı sıra, İş Kanunu m. 18’de fesih için geçerli neden oluşturmayacak hususlar da tahdidi olmayacak bir şekilde örnek mahiyetinde sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak*”, “*İşyeri sendika temsilciliği yapmak*”, “*Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak*”, “*İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler*”, “*74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek*” ve “*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*” geçerli neden sayılamayacaktır⁴⁸. Bu noktada maddenin lafzi düzenlemesinin yoruma yer bırakmayacak derecede kesin olduğu görülmektedir.

⁴⁵ **Ayşe Köme:** İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 96.

⁴⁶ Alp/Korkmaz, s. 209.

⁴⁷ **Ömer Eyrenci:** “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 353; Tulukçu, İş Güvencesi, s. 23.

⁴⁸ Benzer düzenleme ILO 158 sayılı Sözleşme m.5’te de mevcuttur. Buna göre, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak;

Yukarıda da ifade edildiği üzere, geçerli neden kavramı işverenin iş sözleşmesini feshetmesini ortadan kaldırmamakta, ancak sınırlandırmaktadır⁴⁹. Ancak bu noktada anayasal hukuk ilkesi niteliğinde olan sözleşme yapma serbestisine⁵⁰ dair dengelerin de muhafaza edilmesi gereklidir. Geçerli neden kavramı, işverenin fesih yetkisini ortadan kaldıran ya da aşırı derecede zorlaştıran bir hüviyete bürünmemelidir. Katı iş güvencesi hükümleri, ekonomik koşulların ve işletmesel gerekliliklerin göz ardı edilmesine sebep olabilecektir⁵¹.

İleride de değinileceği üzere, somut olay açısından geçerli nedenin mevcudiyeti de tek başına yeterli olmayıp, bu nedenin gelecekte de devam edebileceğine dair olumsuz bir öngörünün olması⁵², feshin son çare niteliğinde (*ultima ratio*) olması⁵³ ve bir menfaat dengesi göz önüne alındığında fesih açısından işverenin menfaatinin baskın olması gibi bazı kriterlerin karşılanması gereklidir⁵⁴. Geçerli nedene dayalı feshi, bu ilkelerden ayrı bir şekilde değerlendirmek doğru olmayacaktır.

işçi temsilciliği görevini yapıyor ya da yapmış olmak, bu göreve istekli olmak; işveren aleyhine gerekli idari ya da adli makamlar önünde, yasaların ya da ilgili düzenlemelerin ihlal edildiği yönünde başvuruda bulunmak veya bu süreçlere katılmak; ırk, renk, cinsiyet, medeni statü, ailevi sorumluluklar, hamilelik, din, siyasi düşünce, vatandaşlıktan çıkarma ya da etnik köken; doğum izni esnasında işten ayrılık sebepleri fesih için geçerli sebep teşkil etmeyecektir. Ayrıca m.6 düzenlemesinde de hastalık ya da sakatlanma sebebiyle işten geçici uzaklaşmanın da fesih için geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

⁴⁹ Süzek, s. 553; Evren, s. 22; Tulukçu, İş Güvencesi, s. 25.

⁵⁰ Anayasa m. 48/1: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

⁵¹ Süzek, Sınırlandırma, s. 3; Süzek, s. 553.

⁵² Alman hukukunda söz konusu ilke “negativprognose” olarak ifade edilmektedir (Caniklioğlu, s. 70).

⁵³ **Cuma Arif Demir:** Açıklamalı ve İçtihatlı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 37. Söz konusu ilke Kanun’da yer almamakla birlikte, m. 18 gerekçesinde “işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır...” şeklinde bir ifade yer almaktadır.

⁵⁴ Caniklioğlu, s. 70.

III. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI

Yabancı hukuk sistemleri ele alındığında da benzer yönde düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Fransız hukukundaki düzenlemede, geçerli neden kavramı ile benzer doğrultuda “gerçek ve ciddi neden” (*cause réelle et sérieuse*) şeklinde bir nitelendirme yer almaktadır⁵⁵. Gerçek neden kavramını, işçiye yöneltilen isnatların gerçekliğinden şüphe edilmediği, ispatlandığı, açık, bariz ve objektif olduğu haller olarak ifade etmek mümkündür⁵⁶. Burada, belli subjektif olguların, özellikle işverenin kişisel yargılarının dışarıda bırakıldığı ve genel geçer nitelikte bazı nedenlerin kıstas olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Ciddi neden ise, işyerinde işin gerektiği gibi ve sağlıklı bir şekilde devamına engel olan, işletme zarar görmeksizin iş akışının sürdürülememesine yol açan nedenler olarak ifade edilebilir⁵⁷. Dolayısıyla bu kavramın işinin doldurulması için, işyerinde sebebiyet verilen olumsuzlukların belli bir yoğunluğa ulaşmış olması gerekmektedir. Ancak bu yoğunluğun da işinin sözleşmesinin derhal feshedilmesini gerektirecek nitelikte bir yoğunluk olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

İspanyol hukukunda ise “objektif sebeplerle fesih” (*extinción del contrato por causas objetivas*) kavramı bulunmaktadır⁵⁸. Söz konusu düzenlemenin yer aldığı

⁵⁵ Süzek, s. 572; **Zengyi Xie**: Labor Law in China-Progress and Challenges, Springer Publishing, Heidelberg 2016, s. 96; **Burhan Çatalkaya**: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Mayıs 2017, s. 385; Güzel, İşletmesel Karar, s. 167; **Serkan Odaman**: “Fransız Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep, Haklı Sebep Ayrımı”, Çimento İşveren Dergisi (2003), C.17, S. 3, s. 23.

⁵⁶ Odaman, s. 23.

⁵⁷ Odaman, s. 24.

⁵⁸ **ILO**: “Termination of Employment Instruments Background Paper for the Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention”, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166) Geneva, 18–21 April 2011, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_153602.pdf, E.T: 29.07.2021, s. 55.

“İşçilerin Statülerine Dair Kanun” (*La Ley Del Estatuto De Los Trabajadores*⁵⁹) m. 52 düzenlemesinde, işçinin bilinen ya da sonradan gelişen yetersizliğinin, işçinin işyerindeki pozisyonunda gerçekleşen teknik gelişmelere adaptasyon noktasında yaşadığı eksikliklerin objektif sebep sayılacağı ifade edilmektedir. Aynı Kanun’un m. 53 düzenlemesinde de, objektif sebeplerle feshin şekli ve etkileri (*forma y efectos de la extinción por causas objetivas*) ele alınmakta olup, feshin nasıl bildirileceği, bildirimle birlikte eş zamanlı olacak şekilde belli bir tazminatın ödenmesi gerektiği, bildirim sonrası 15 günlük bir sürenin işçiye tanınması gerektiği, bu süreçte işçi tarafının haftada 6 saat iş arama iznine sahip olduğu ve bu süreçte ücretinden mahrum bırakılmayacağı, doğum ve annelikle ilgili bazı durumlarda feshin geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir.

Benzer kavramlar Fransız ve İspanyol hukukuyla sınırlı nitelikte değildir. Geçerli neden kavramıyla paralel bir şekilde, İtalyan hukukunda “belirli ve geçerli neden”, Alman hukukunda da “sosyal bakımdan geçerli neden” kavramları bulunmaktadır⁶⁰. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’na (*Kündigungsschutzgesetz*) göre Kanun kapsamına girmeyen işçilerin sözleşmelerinin feshinde herhangi bir nedene dayanma zorunluluğu mevcut değildir. Ancak Kanun kapsamında olanlar açısından feshin sosyal açıdan geçerli nedene dayanmaması halinde fesih geçersiz (*sozial ungerechtfertig*) sayılmaktadır⁶¹.

⁵⁹ Söz konusu Kanun’un orijinal metni için bkz; “Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>, E.T: 27.04.2021.

⁶⁰ Süzek, s. 572; Odaman, s. 31

⁶¹ Güzel, İşletmesel Karar, s. 165; Manav, s. 99; **Artür Karademir**: “İş Güvencesinde Son Çare İlkesi Uyarınca İşçiye Eğitim Verilmesi Gerekliliğinin Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Aralık 2020), C. 6, S. 12, s. 272.

Portekiz hukukunda da işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde işten çıkarmanın daima geçerli bir nedene ve disiplin sürecine dayalı olarak yürütülmesi gereklidir⁶².

Çin Halk Cumhuriyeti İş Sözleşmesi Kanunu'nda (m.39-41) da işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi için yasal dayanak bulunması gereklidir. Bunlar ilgili Kanun'da işçinin davranışları, hastalık ya da işle ilgili olmayan kazalar, yetersizlik, sözleşmeye uymayı imkânsız kılan durumların gerçekleşmesi ve ekonomik işten çıkarmalar şeklinde düzenlenmiştir⁶³.

İsviçre hukukunda ise çoğu hukuk sisteminden ayrılan bir yapı mevcuttur. Söz konusu sisteme göre belirli bir neden olmaksızın hem işçi hem de işveren açısından fesih serbestisi bulunmaktadır⁶⁴. Nitekim fesih esnasında geçerli bir nedene dayanma zorunluluğunu getiren 158 sayılı ILO Sözleşmesi İsviçre tarafından onaylanmamıştır. Ancak söz konusu hukuk sisteminde bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmasa da kötüye kullanımlara göz yumulmamakta ve bu durum da objektif bir koruma sağlamaktadır⁶⁵. Kötüye kullanımın söz konusu olduğu hallerde, işverence işçinin 6 aylık ücretini aşmayacak şekilde bir tazminat ödenmesi söz konusu olmaktadır⁶⁶.

Güney Afrika hukukunda, iş sözleşmesinin feshi İş İlişkileri Kanunu (*The Labour Relations Act 66 of 1995*) m.188(1) ile düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre feshin işçinin iş görme borcuna ve kapasitesine ya da işyerinin operasyonel gereksinimlerine ilişkin olduğunun ispat edilmesi ve feshin adil bir

⁶² **Gonçalves Madalena**: “Portekiz’de Güvenceli Esneklik”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (Haziran 2010), S.18, Haziran 2010, s. 245.

⁶³ Xie, s. 92.

⁶⁴ ILO, Termination, s. 55; **Wolfgang Portman**: “İsviçre İş Sözleşmesi Hukukunda İş Güvencesi”, (Çev. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz), Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 639.

⁶⁵ Portman, s. 639; ILO, Termination, s. 55.

⁶⁶ ILO, Termination, s. 55.

süreçte yürütülmesi zorunludur. İlgili düzenleme, kıdemleri ve deneme sürecinde olup olmadıkları göz önüne alınmaksızın tüm çalışanlar için geçerli niteliktedir. İşveren, işçinin feshi için ilk görüşte (*prima facie*) açık nitelikte bir kanıt ortaya koymalıdır⁶⁷.

Japon hukukunda feshe dair spesifik hükümlerin düzenlendiği belli bir mevzuat mevcut değildir. Ancak İş Standartları Kanunu m. 18-Kısım 2’de feshin objektif, makul gerekçelerinin olmaması ve genel sosyal koşullarda uygun kabul edilmemesi yetkinin kötüye kullanımı olarak değerlendirilir ve fesih geçersiz sayılır. Japonya’da feshe dair uygulama uzun bir süre içtihat hukukunda şekillenmiş ve bu doğrultuda belli bir noktaya gelmiştir⁶⁸.

Amerikan hukukunda ise yabancı hukuk sistemlerinde bulunan genel uygulamadan farklılaşma mevcuttur. Amerikan istihdam hukukunda “isteğe bağlı istihdam” (*employment at will*) ilkesi temel nitelikte olup, bu ilke çerçevesinde belirli süreli bir sözleşme olmadığı sürece işverenin işçiyi herhangi bir nedene dayanmadan işten çıkarması mümkündür⁶⁹. 1877 tarihinde uygulanmaya başlayan ilkenin kapsamı zamanla sınırlanmış ve 1935 tarihli Ulusal İş İlişkileri Kanunu (*Wagner Act, The National Labor Relations Act*) gibi düzenlemelerle toplu iş sözleşmelerinde meşru bir nedenin (*legitimate reason*) fesih için bir şart olarak belirlenmesi imkânı söz konusu olmuştur⁷⁰. Buna rağmen isteğe bağlı istihdam ilkesi Amerikan hukukundaki temel konumunu korumaya devam etmektedir.

Görüldüğü üzere İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemleri bir kenara bırakıldığında yabancı hukuk sistemlerinin Türk hukuk sistemi ile benzeştiği

⁶⁷ **Prushothman Subramoney Pillay**: “Balancing The Interests Of Employer And Employee In Dismissal For Misconduct”, Nelson Mandela University, 2017, s. 16-19.

⁶⁸ Xie, s. 97.

⁶⁹ **Matthew Finkin**: “An Employee's Right Not To Obey Orders in the United States”, *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 497; Xie, s. 97.

⁷⁰ Xie, s. 97.

görülmektedir. İsviçre ve ABD örneğinde de hakkın kötüye kullanımının engellenmesi ve toplu sözleşme hükümleri ile işçinin korunmasına yönelik düzenleme yapılabilmesi imkânı mevcuttur.

IV. GEÇERLİ NEDEN-HAKLI NEDEN AYRIMI

A. AYRIMIN ÖNEMİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere iş güvencesi kapsamında işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi esnasında bir nedene dayanılması esas olup, söz konusu nedenler geçerli neden ve haklı neden olarak iki ayrı kategoride incelenmektedir. Geçerli neden kanuni dayanağını İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde bulurken, haklı nedenler ise aynı Kanun'un 24 ve 25'inci maddesinde ihdas edilmiştir. Kanuni düzenlemede, söz konusu iki neden türü arasındaki ayrıma dair herhangi bir somutlaştırma yoluna başvurulmamıştır. Her iki çeşit neden arasındaki ayrımı tespit etmenin güçleştiği alanlar bulunduğundan, konunun somut bir şekilde değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim her iki fesih nedeni arasındaki fark, iş ilişkisinin nasıl sonlanacağına tesir etmektedir. Haklı nedenle fesihte iş ilişkisi derhal sona ermekte ve işçinin fesih nedenine bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatı gibi hakları talep etmesi söz konusu olmamakta; geçerli nedenle fesihte ise iş ilişkisi bir süre daha devam etmekte ve işçinin yukarıda ifade edilen hakları somut olayın özelliğine göre talep etme imkânı söz konusu olmaktadır⁷¹.

⁷¹ **Cuma Arif Demir:** "Geçerli-Haklı Neden Ayrımı", İstanbul Barosu Dergisi (Temmuz/Ağustos 2017), C. 91, S. 2017/4, s. 19; Gerek, s. 3.

B. HAKLI NEDEN KAVRAMI

Haklı neden kavramı, İş Kanunu'nun 24 ve 25'inci maddelerinde işçi ve işveren taraflarının her ikisini de kapsayacak şekilde, sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler başlıkları altında düzenlenmiştir. İşveren açısından işçinin iş sözleşmesini derhal fesih nedeni olarak ayrıca "İşçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması" hali bir haklı neden olarak belirtilmiştir. "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" kategorisinde kullanılan "benzerleri" ifadesi, haklı nedenlerin Kanun'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığına işaret etmektedir⁷².

Haklı nedenle fesih kavramı, yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş bir husus değildir. Mevzuatımızda 5393 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 11'inci maddesinde "İhbar mühletini beklemezsizin fesih hakkı ve tazminat" madde başlığıyla, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14'üncü maddesinde "Önelsiz fesih ve infisah" madde başlığıyla, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Kanun dışı grev ve lokavtın sonuçları" başlıklı 70'inci maddesinin birinci fıkrasında "*Kanun dışı grev yapılması hâlinde işveren, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir.*" düzenlemesiyle haklı nedenle fesih müessesesine yer verilmiştir. Benzer şekilde, 6356 sayılı Kanun m. 70/3'te, "*Kanun dışı lokavt yapılması hâlinde işçiler iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. İşveren, bu işçilerin lokavt süresine ilişkin iş sözleşmesinden doğan bütün*

⁷² Kenan Tunçomağ / Tankut Centel: İş Hukukunun Esasları, 8. Bs, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 209.

haklarını bir iş karşılığı olmaksızın ödemek ve uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlüdür.” şeklinde işçinin haklı nedenle fesih hakkına yönelik bir düzenleme mevcuttur.

Haklı neden kavramı, tarafların yerine getirmekle yükümlü oldukları borç ilişkisinin süreklilik arz ettiği hukuki ilişkilerde, ilişkinin idame ettirilmesinin 4726 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2’de ihdas edilmiş dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemeyeceği hallerde ilişkiyi sonlandırma imkânı tanır⁷³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 435/2 düzenlemesine göre de sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı neden sayılır. Haklı nedene dayanarak iş sözleşmesinin feshi için karşı tarafa ulaşması gerekli bir beyanda bulunmak esas olsa da fesih beyanı anlamına gelecek davranışların muhataba ulaşması da aynı etkiyi doğuracaktır⁷⁴.

Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında, Alman hukukunda BGB § 626’da düzenlenen olağanüstü feshin (*Ausserordentliche Kündigung*) ancak haklı bir neden (*wichtiger grund*) olması halinde mümkün olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu haklı neden, iş ilişkisinin olağan feshindeki ihbar süresinin sonuna kadar beklenemeyeceği seviyede önemli bir nedendir. Haklı neden incelemesi iki aşamada gerçekleştirilmektedir. İlk aşamada, uyuşmazlık konusu olayın şartları değerlendirilmeksizin konunun haklı nedenin şablonuna uyup uymadığı incelenir.

⁷³ Süzek, s. 691; Narmanlıoğlu, s. 554; Orhon, s. 25; **Güneş Topal**: İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 27.

⁷⁴ Narmanlıoğlu, s. 553; Evren, s. 52; Karakurt, s. 50; Bu yönde yargı kararı için bkz; “Fesih bildiriminde "fesih" sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir, işçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir. Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.” Y9HD, T. 10.06.2010, E. 2008/35729, K. 2010/17372, www.legalbank.net, E.T: 04.05.2021.

İkinci aşamada da şablona uygun olan durumun, uyuşmazlığın somut şartları ve tarafların karşılıklı menfaatleri göz önünde bulundurularak haklı neden ağırlığında olup olmadığı incelenir. İşçinin işyerinde sık sık düzensizlik yaratması, iş güvenliği kurallarına uymak gibi yan yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi, işletmenin gizli kalması gereken bilgilerini açığa çıkarması gibi örnek haller haklı neden teşkil etmektedir⁷⁵.

Fransız hukuk sisteminde “haklı neden” kavramını karşılayabilecek nitelikte işçinin “ağır kusuru” (*faute grave*) düzenlemesi yer almakta olup, söz konusu kavram Fransız İş Kodu’nda açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Söz konusu Kanun’un L. 1243-1⁷⁶ düzenlemesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin, ağır bir kusura dayalı olarak süresinden önce sonlandırılabilmesi düzenlenmektedir. Ağır kusur, Fransız hukukunda işçinin ihbar süresi boyunca dahi iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği bir nitelikte değerlendirilmiştir⁷⁷.

İspanyol hukukunda haklı fesih nedenlerine kazuistik olarak yer verilmekte olup, işçinin ağır ve kusurlu bir şekilde iş sözleşmesine aykırı hareket ettiği haller haklı fesih nedeni sayılmıştır. Söz konusu hukuk sistemine göre haklı fesih nedenleri iş edimine, sadakat yükümlülüğüne, işyeri ve iş disiplinine aykırılık başlıkları altında toplanmıştır⁷⁸.

Yabancı hukuk sistemlerinin haklı neden kavramına dair düzenlemeleri göz önüne alındığında konunun beklenilmezlik kriteri açısından ele alındığı, bu yönüyle

⁷⁵ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz; **Vedat Laçiner**: “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, Yönetim Bilimleri Dergisi (2005), C. 3, S. 2, s. 143-145.

⁷⁶ Code du Travail, L. 1243-1 : “Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l’échéance du terme qu’en cas de faute grave, de force majeure ou d’inaptitude constatée par le médecin du travail.”
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000029946319/, E.T: 16.12.2021.

⁷⁷ Bu konuda detaylı açıklama için bkz; **Fatma Burcu Savaş**: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 69-74.

⁷⁸ Topal, s. 30.

Türk hukuk sistemi ile benzeştiği görülmektedir. Bu doğrultuda iş ilişkisine derhal son verme imkânı tanınmaktadır.

C. GEÇERLİ NEDEN VE HAKLI NEDEN KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Her iki kavram birbirinden farklı şeyleri ifade etmekteyse de çoğunlukla örtüşebilir niteliktedir. Geçerli neden ve haklı neden arasındaki fark, nedenlerin yoğunluk seviyesindeki fark üzerinden ortaya konulabilir. Haklı fesih söz konusu olduğunda taraflar arasında güven ilişkisi temelinden sarsılarak çökmekteyken, geçerli fesihte her ne kadar zarar görse de zamanla onarılabilecek bir güven ilişkisi söz konusudur⁷⁹. Davranışın ağırlığı, kusur derecesi ve bunun iş ilişkisine ne şekilde tesir ettiği, zarar meydana gelmişse zararın çeşidi ve yüksekliği de ayırım esnasında dikkate alınmalıdır⁸⁰. Haklı nedenler ağırlık ya da yoğunluk seviyesi olarak geçerli nedenlere göre daha üst seviyede bulunmaktadır⁸¹. Bu yönde ele alınabilecek bir Yargıtay kararı da işyerinde işin görülmesinin ne seviyede etkilendiğini bir kıstas olarak ele almakta olup, ifadeleri şu şekildedir⁸²:

⁷⁹ Süzek, s. 584; Evren, s. 69; Alp/Korkmaz, s. 209; Eyrenci, s. 353; “İşçinin geçerli bir feshe neden olabilecek davranışları İş Yasasının 25.maddesinde öngörülen ve işverene derhal fesih yetkisi tanıyan haklı nedenlerden farklıdır. Yargılama sırasında bu nedenlerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. İşçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar. Buna karşılık işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmamakla, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu nedenle iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa İş Yasasının 18/1.maddesi gereği geçerli fesih hakkı doğar.” Y9HD, T. 01.07.2010, E. 2009/24402, K. 2010/21299, www.legalbank.net, E.T: 04.05.2021.

⁸⁰ Demir, Ayırım, s. 31; Demir, s. 108.

⁸¹ Centel, Labour Law, s. 179; Tunçomağ/Centel, s. 209; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 349; Aynı yönde yargı kararı için bkz; “Davacının olayın aslı faili olmayıp sonrasında davranışları birlikte değerlendirildiğinde davranışının haklı fesih ağırlığında olmadığı ancak işveren ile aralarındaki güven ilişkisinin sarsıldığı gözetenilerek davalı işveren feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilip; davanın bu gerekçe ile reddi gerekirken buna uygun ilk derece mahkemesi kararının Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ortadan kaldırılıp, davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, T. 26.11.2019, E. 2019/3718, K. 2019/20976, www. lexpera.com.tr, E.T: 28.04.2021.

⁸² Y22HD, T. 24.10.2019, E. 2016/21515, K. 2019/20032, www. lexpera.com.tr, E.T: 28.04.2021.

“4857 sayılı Kanun’un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanun’un 25/II. maddesinde öngörülen ve işverene derhal fesih yetkisi tanıyan haklı sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Yargılama sırasında bu sebeplerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. İşçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı doğar. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmama, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu nedenle iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa 4857 sayılı Kanun’un 18/1. maddesi gereği geçerli fesih hakkı doğar.”

Söz konusu kararda, fesih konusu her olayın kendi somut koşulları içerisinde hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu durumun yanı sıra, işyerinde işin görülmesinin taraflardan herhangi birisi açısından çekilmez hale gelmesi durumunda haklı nedenin varlığının; iş ilişkisinin devam ettirilmesinin taraflar açısından olumsuz yönde etkilendiği ancak güven temelinin çökme noktasına gelmediği hallerde ise geçerli nedenin varlığının söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Alman hukukuna göre de her iki kavram arasında ayırt edici kriter

beklenmezlik unsurudur⁸³. Her haklı nedenle feshe başvurulabilecek olayda işverenin geçerli nedene dayalı fesih yolunu tercih etmesi mümkündür. Ancak geçerli nedene dayalı fesih açısından başvurulabilecek yol süreli fesih yoludur⁸⁴. Özellikle haklı nedenle fesih işleminin tatbik edilebilmesi için, somut nedenlerin objektif ve ispatlı bir şekilde ortaya konulması gerektiği öğretide kabul gören bir husustur⁸⁵.

Yukarıda da ifade edildiği üzere haklı ya da geçerli nedenlerin hepsi Kanun'da düzenlenmemiştir. Söz konusu nedenlerin hepsinin tek tek düzenlenmesi de mümkün ve mantıklı olmayıp, bu yönde bir ihtiyaç da bulunmamaktadır⁸⁶. Dolayısıyla her olayın kendi koşulları içerisinde hâkim tarafından değerlendirilmesi gereklidir⁸⁷.

Her iki nedene dayalı fesih arasında ifade edilmesi gerekli bir diğer fark ise, fesih hakkının ne kadarlık bir süre içerisinde kullanılması gerektiğidir. İş ilişkisinin taraflar açısından artık çekilmez bir hale geldiğinin kabul edildiği haklı nedenlerin varlığı halinde, söz konusu haklı nedeni ileri sürme hakkına sahip olan tarafın herhangi bir önel süresi tanımadan derhal fesih hakkı bulunmaktadır. Ancak derhal fesih hakkının kullanılması açısından, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere özgü olarak kısıtlı bir süre belirlenmiştir (m. 26/1). İlgili düzenlemeye göre, 24 ve 25'inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz.

⁸³ Topal, s. 29

⁸⁴ Kar, Yargısal Denetim, s. 101.

⁸⁵ Alp/Korkmaz, s. 209.

⁸⁶ Narmanlıoğlu, s. 553.

⁸⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 341.

Görüldüğü üzere haklı nedenlerden ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller için Kanun tarafından belli bir süre öngörülmüştür; ancak geçerli nedenlere dayalı fesihte bu şekilde bir düzenleme yapılmamıştır. Geçerli nedene dayalı fesihlerin öğretide de ifade edildiği üzere, makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gereklidir⁸⁸. Aksi halde işçinin sürekli olarak fesih yönünde bir baskı hissetmesi hakkaniyete aykırı olacaktır.

Haklı neden ve geçerli nedene dair öğretide ele alınan hususlardan bir diğeri de geçerli neden kavramının haklı neden yerine ikame edilip edilemeyeceği hususudur. Farklı bir deyişle, haklı nedene dayalı olarak gerçekleştirilen bir feshin, yargılama esnasında hukuka aykırı olduğunun ortaya çıkması halinde, mevcut ancak hukuka aykırı addedilen haklı nedenin geçerli nedene dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğidir. Bu görüş yönündeki bir Yargıtay kararı şu şekildedir⁸⁹:

“Mahkemece, aynı Yasanın 26. maddesindeki altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçtiği ve 19. maddedeki usule uyulmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. İş Kanunu'nun 26. maddesindeki hak düşürücü süre, hizmet akdinin yasanın 24/2 ve 25/2. maddelerinde düzenlenen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeni ile fesihlerde söz konusudur. Sınırlı sayılan bu fesihler dışında 26. maddenin uygulanma olanağı yoktur. İşveren tarafından davacının hizmet akdinin feshi İş Yasasının 25/2. maddesine dayandırılmış, ancak 26. maddedeki altı iş günlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesi ile işverenin haklı sebeple feshi kabul edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminat talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 Sayılı Yasanın 25/son maddesi gereği aynı yasanın 19. maddesi koşulları aranmaz. 18, 20 ve

⁸⁸ Gerek, s. 3; Evren, s. 63.

⁸⁹ Y9HD, T. 24.02.2004, E. 2004/22581, K. 2004/3229, <https://legalbank.net/>, E.T: 28.04.2021.

21. madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle mahkemenin 19. maddedeki usule uyulmadığı gerekçesine dayanarak davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır. Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmesi gerekir.”

Yargıtay’ın yukarıdaki doğrultuda olan kararları öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Öğretideki bir görüşe göre, İş Kanunu m. 25/son hükmündeki açık ifadelerle rağmen, derhal feshin dayandığı haklı nedenin mevcut olmadığı ya da süreye uyulmadığının yargılama esnasında tespit edilmesi halinde, bu durumun göz ardı edilerek dava konusu olayın “geçerli neden” oluşturup oluşturmadığını incelemek ve yargılamayı bu doğrultuda neticelendirmek uygun değildir⁹⁰.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, altı iş günlük süre geçirilse dahi, söz konusu nedenin haklı neden ağırlığında olmayıp geçerli neden teşkil etmesi halinde de işe iade talebinin reddedilmesi gerekir⁹¹. Yine ayrıca bir geçerli neden incelemesi yapılması gerektiğini ifade eden görüşe göre de işverenin geçerli neden oluşturabilecek bir hususu hukuki nitelendirmede hata yaparak haklı neden olarak değerlendirmesi bir önem arz etmemekte, İş Kanunu m. 25/son’da yer alan hükümlerin 18’inci maddeye yaptığı yollama sebebiyle hâkimin geçerli neden incelemesi yapmasına imkân

⁹⁰ Narmanlıoğlu, s. 557; Manav’a göre de hukuka aykırılık taşıyan bir işlemin, tahvil (konversiyon edilerek hukuka uygun bir işlem olarak görülmesi İş Kanunu m. 19’da düzenlemeleri etkisiz hale getirmektedir. Bu nedenle İş Kanunu m. 19’daki düzenlemelerin gereği karşılanmadığı sürece tahvil yapılmamalıdır (Manav, s. 251).

⁹¹**Devrim Ulucan:** “Karar İncelemesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 13, 2007, s. 289; Orhon, s. 27.

tanınmaktadır⁹². Bu noktada haklı nedeni ileri sürme hakkı bulunan tarafın seçimlik yenilik doğuran bir hakka sahip olduğu da öne sürülmektedir⁹³.

Kanun'un m.25/son'da yer alan düzenlemesinin, ayrıca bir geçerli neden incelemesi yapılmasına cevaz verdiği yöndeki görüşlere kanaatimizce katılmak mümkün değildir. Nitekim bu yönde bir duruşun benimsenmesi, işverenlerin söz konusu fesih hakkını suiistimal etmesine imkân tanıyacak ve bu durum Kanun'un benimsemiş olduğu iş güvencesi anlayışına ters düşecektir⁹⁴. İşveren, işçinin söz konusu olaydaki durumunun geçerli neden oluşturduğunu bildiği halde, m. 19'da yer alan prosedürleri uygulamaktan kaçınarak derhal fesih yoluna başvurabilecektir. İş Kanunu m. 19'da, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu, hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği düzenlenmektedir. Fesih gerçekleştirilirken de verimsizlik ya da yetersizlik gibi genel nitelikteki ifadeler yerine, işçinin hangi açıdan verimsiz ya da yetersiz olduğu açık bir şekilde belirtilmelidir⁹⁵.

Öğretide söz konusu suiistimal ihtimalini de ortadan kaldıracak nitelikte bir çözüm de önerilmektedir. Bu öneriye göre, gerek her iki neden arasındaki ayrımın

⁹² **Mehmet Uçum:** "Karar İncelemesi İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması", A. Can Tuncay'a Armağan, 1. Bs, Legal Yayıncılık, Ankara 2005, s. 386 vd. Demir, Ayırım, s. 32; Demir, s. 110.

⁹³ Orhon, s. 26; Bu konuda ayrıntılı görüşler için bkz; Narmanlıoğlu, s. 551 vd.

⁹⁴ Narmanlıoğlu da benzer şekilde böyle bir durumun iş güvencesi hükümleriyle bağdaşmadığını ifade etmektedir (Narmanlıoğlu, s. 565).

⁹⁵ Sümer, s. 224; "Bozma ilamına uyan Mahkemece tanıklar dinlendikten sonra iade gelen tebligat yönünden bekleme süresinin bitiminde posta evrakının teslim edilmiş sayılacağı kabul edilmiş ise de tanık beyanlarında anlatılan tebliğ usulü dikkate alındığında açık kesin fesih sebebini içeren fesih bildirim davacıya usulüne uygun tebliğ edildiği ispat edilmiş değildir. Öte yandan iade dönen tebligatın davacıya tebliğ edildiğinin kabulü de mümkün değildir. 4857 sayılı Kanun'un 19. maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesi, 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur." Y22HD, T. 02.07.2020, E. 2020/2536, K. 2020/8635, <https://legalbank.net/>, E.T: 01.05.2021.

tespitinin güçlüğü, gerek her iki feshin sonuçlarının farklı olması sebebiyle fesih usullerini yeknesaklaştırmak uygun bir çözüm olacaktır⁹⁶.

Bu konuya dair son olarak, her iki nedene dair bazı somut örneklerin ortaya konulmasının konunun anlaşılmasında fayda sağlayabileceği değerlendirilmektedir:

İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması İş Kanunu'nun m. 25/2 hükmü gereğince haklı fesih nedeni oluştururken, işverenle sık ve gereksiz yere tartışmaya girmesi haklı fesih ağırlığında görülmemekte ve geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır⁹⁷.

İşçinin İş Kanunu'nun m. 25/II-g bendinde yer alan düzenleme çerçevesinde işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi haklı fesih nedeni oluştururken, bu sürelerle tekabül etmeksizin kısa sürelerle devamsızlık gösterecek bir şekilde işe geç gelmesi geçerli fesih nedeni oluşturacaktır⁹⁸.

Yakın tarihli bir Yargıtay kararına göre de çağrı merkezi personeli olarak çalışan işçinin çalışma süresi içinde arayan müşterilerin aramalarına yanıt vermesi, ancak gerekli işlemleri tamamlamadan çağrıyı sonlandırmasının haklı fesih ağırlığında olmadığı ve geçerli fesih neden teşkil edeceği ifade edilmiştir⁹⁹.

⁹⁶ **Ahmet Sevimli:** "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tek Biçim Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi (Eylül 2004), ÇMİS Yayını, C:18, S: 5, s. 19.

⁹⁷ Alp/Korkmaz, s. 210.

⁹⁸ Alp/Korkmaz, s. 210.

⁹⁹ "Somut olayda, davacı tarafından açılan işe iade davası yargılaması sonucunda mahkemece "Davacı işçinin davalı bankada istihdam edilme gayesinin, çağrı merkezi yetkilisi olarak müşterilerin problemlerine ve ihtiyaçlarına telefonda yardımcı olmak olduğunu, davacı işçinin çalışma süresince arayan müşterilerin işlemini yapmadan görüşmeyi sonlandırmasının, müşteri talebine yanıt verip çağrıyı sonlandırdıktan sonra çağrı merkezi personeli veri tabanında davacı işçi adına kaydedilmiş olan GSM hattını arayarak ilgili numaranın kapalı olduğuna dair ses mesajını dinleyip herhangi bir şey yapmaksızın hatta bekleyerek sistemi ve verimlilik raporlarını yanıltmasının, görevi olan çağrı cevaplama işinden imtina etmesine ilişkin 08.06.2011, 27.07.2011, 27.09.201 ve 04.11.2011

Yine yakın tarihli bir Yargıtay kararına göre de, boynunda ve kafasında rahatsızlık ve platin olduğu işyeri hekimince tespit edilen ve iş ilişkisi kurulmadan önce de söz konusu olan rahatsızlığı işe başlarken bildirmeyen işçinin, ağır ve tehlikeli işlerden çelik üretim firması olan işyerinde çalışmasının iş sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturacağı gerekçesiyle iş sözleşmesinin derhal feshi olayında, fesih nedeninin haklı fesih ağırlığında olmadığı ve geçerli fesih nedeni teşkil edeceği ifade edilmiştir¹⁰⁰.

Güvenlik görevi ya da bekçilik gibi bir görevi bulunmayan işçinin araç içerisinde bir defalığına uyuması da haklı fesih nedeni ağırlığında görülmemiştir. Yargıtay söz konusu kararı verirken ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir değerlendirmeye gitmiştir¹⁰¹.

tarihlerinde yazılı ihtarlar verildiğinin anlaşıldığını, davacı işçinin ise söz konusu yazılı uyarıları ihtirazı kayıt koymaksızın tebliğ aldığını ve bir itirazda bulunmadığının görüldüğünü, davalı işverenin geçerli nedene dayanarak akdi feshettiği gerekçesi ile davanın reddine karar verildiği belirtilmiştir. İşe iadeye ilişkin karar Dairemizce onanarak kesinleşmiştir. Kesinleşen işe iade dosyasında davacının davranışının yapılan işin niteliği ve eylemin şekline göre haklı fesih ağırlığında olmadığı, işveren açısından ancak geçerli fesih nedeninin mevcut olduğu açıkken kıdem ve ihbar tazminatı isteminin kabulü gerekirken hatalı değerlendirme ile reddi isabetli olmamıştır.” Y9HD, T. 22.09.2020, E. 2016/23023, K. 2020/8782, www.legalbank.net, E.T: 01.05.2021.

¹⁰⁰ “Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi "...işyeri hekimi tarafından 05.03.2015 tarihinde yapılan muayene sonucunda boynunuzda platin olduğu tespit edilmiştir; firmamızda işe başlamak için Biriminden 04.07.2012 tarihinde almış olduğunuz raporunuzda, daha önce sağlık problemlerinizi olmadığını ve vücudunuzun çeşitli yerlerindeki platinleri muayene sırasında doktorunuza söylemediğiniz ve iş talep formunda bu rahatsızlığınızı gizlediğiniz ..." gerekçesiyle İş Kanunu 25/IIa maddesi gereği haklı sebeple feshedildiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, davacının 09.07.2012-10.03.2015 tarihleri arasında ağır ve tehlikeli işlerden çelik üretim firması olan davalı işyerinde üretim elemanı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının 01.07.2013, 20.06.2013, 31.01.2015, 15.01.2015 tarihli sağlık raporları alması üzerine işyeri hekiminin muayenesi uygun görülmüş ve 05.03.2015 tarihli muayenede boyun ve kafasında platin olduğu tespit edilmiş, bu işyerinde çalışmasının uygun olmadığı yönünde bilgi verilmiştir. Yapılan işin nevi ve rahatsızlığın ağırlığı göz önüne alındığında çalışmaya devam etmesinin gerek davacının sağlık şartları gerekse işyeri güvenliği açısından risk oluşturacağı, çalışmanın davalı açısından sürdürülebilirliği bulunmadığından feshin haklı sebep ağırlığında olmasa da 4857 Sayılı İş Kanunu 17. ve 18. maddeleri uyarınca geçerli olduğunun kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Y22HD, T. 30.05.2016, E. 2016/12013, K. 2016/15254, www.legalbank.net, E.T: 01.05.2021.

¹⁰¹ “Dosya kapsamı ve tanık beyanları ile davacının, işyerine ait araçla fabrikaya hurda kâğıt toplayıp götürme işini yaptığı, yüklenen her bir çuvalın 50 kg kadar olduğu, yükleme yaparken 15-20 dakikalık dinlenme araları verildiği anlaşılmaktadır. İş sözleşmesinin feshine konu olan olay da, davacının araç içerisinde uyumasıdır. Davacının güvenlik görevlisi veya bekçilik gibi bir görevi bulunmamakta olup, belli ağırlıktaki malzemenin yükleme işini yapması sebebiyle dinlenme araları verilmesi işin niteliği gereğidir. Bir kereye mahsus olmak üzere mesai saati içerisinde uyuması olayı, iş sözleşmesinin feshini gerektirecek ağırlıkta değildir. Ölçülülük ilkesi gözetilerek ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken, reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, T. 18.12.2009, E. 2008/13472, K. 2009/35715, www.legalbank.net, E.T:01.05.2021.

Son olarak, müdürüne haber vermeden mesai saatleri içerisinde özel işlerini halletmek için dışarıda bulunan, bu esnada müdürüyle yaptığı telefon görüşmesini kendisine mobbing uygulandığı gerekçesiyle gizlice kaydeden ve şirket yetkililerine bu durumu teyit eden işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli neden ağırlığında değerlendirilmiştir¹⁰².

Ş2. GEÇERLİ NEDENE DAYALI FESİHLERDE UYGULAMA ALANI BULAN İLKELER

I. İLKELERE İHTİYAÇ DUYULMASININ NEDENİ

İş hukuku mevzuatı kapsamında geçerli neden kavramının somut bir şekilde detaylandırılmasının mümkün olmadığı, nitekim böyle bir çaba içine girilmesinin de çok akla uygun olmadığı hususu yukarıda ifade edilmişti. Zaten İş Kanunu'nun ilgili madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, mevzuatta yer alan düzenlemelerin netleştirilmesi ve uygulamanın geliştirilmesi için öğretinin çalışmalarına ve içtihatlarla ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Nitekim uygulamada da geçerli nedene dayalı feshe dair öğretinin üzerinde görüş birliğine vardığı ve içtihatlarda tekrarlanan bazı ilkeler oluşmuştur.

¹⁰² “Tüm bu süreç sonrasında davacının iş akdi, 26.11.2014 tarihinde bankadaki işleri nedeniyle bölge müdürüyle görüşmesine geç gelmesinden uyarı yazısı ve alınan 2 savunmasından sonra bölge müdürüyle yaptığı görüşmeyi habersiz olarak kayda alması, kayda aldığını şirkete attığı maille bildirmesi ve mobbing olduğu iddiasıyla şikâyetçi olması nedeniyle araştırma yapıldığını şikâyetinin asılsız olması, şikâyet ettiği kişiyi zan altında bırakması, şirketi boşuna meşgul etmesi, iş barışını bozması güven ilişkisini zedelediği belirtilerek raporunun bittiği 27.11.2014 tarihinde geçerli nedenle feshedilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işveren aleyhine tutum ve davranışlarda bulunduğu ve müdürüne haber vermeden çalışma saatleri içerisinde özel işlerini halletmek için bankada bulunduğu, bu hususu kendisinin de savunmasında doğruladığı, ayrıca bölge müdürüyle yaptığı görüşmeyi gizlice kayıt altına aldığını dosyaya sunulan mail çıktısında açıkça kabul ettiği, kendisine mobbing uygulandığını iddia ettiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışlarının haklı feshe neden olacak nitelikte olmamakla birlikte iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek hale gelmesine neden olduğu, feshin bu suretle geçerli nedenlere dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine yanılığlı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, T. 24.04.2017, E. 2016/10488, K. 2017/7094, www.legalbank.net, E.T:01.05.2021.

İleride ayrıntılı olarak incelenecek ve değerlendirilecek olan söz konusu ilkeler feshin geçerli bir nedene dayandığının kabulü için somut olay bazında aranan ve uyulması beklenen ilkelerdir. Bu ilkelerden bazılarında tüm geçerli nedene dayalı fesihlerde uyulması beklenirken, bazı ilkeler ise spesifik olarak belirli geçerli nedene dayalı fesihlerde aranmaktadır¹⁰³.

Fesih işlemine dayanak teşkil eden geçerli nedenlerin var olup olmadığının saptanmasında dikkat edilen bir husus da söz konusu geçerli nedenlerin fesih esnasında var olması ve bununla birlikte sonuçlarının geleceğe etkili bir şekilde meydana gelmesidir¹⁰⁴. Geçerli nedenlerin fesih işlemi esnasında mevcut olması gereği açısından, mevzuatımızda İş Kanunu m. 19/1 kapsamında işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu düzenlenmektedir. Dolayısıyla fesih işlemi esnasında mevcut olması gerektiği ifade edilen geçerli nedenlerin, işveren tarafından işçiye bildirim gerekli olup, işçi tarafından aksinin iddia edilmesi halinde de işveren tarafından ispatı aranmaktadır (m. 20/2).

İşçinin davranışlarına ya da yeterliliğine dayalı geçerli nedenler fesih işlemine dayanak teşkil etmekle birlikte, somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak bu durumun devam edip etmeyeceği de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla mevcut geçerli nedenlerin objektif bir şekilde ele alınarak, gelecekteki iş ve işyeri çalışma düzeninin gerekliliklerine, taraflar arasındaki iş ilişkisine ve güven temeline ne yönde tesir

¹⁰³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 209-211; Köme, s. 169.

¹⁰⁴ **Mustafa Kılıçoğlu/ Kemal Şenocak:** “İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip)”, Yargıtay Dergisi (Ocak-Nisan 2008), C. 34, S. 1-2, s. 102; Köme, s. 169; Aynı yönde yargı kararı için bkz; “Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir. Şüphe, fesih anında mevcut belirli objektif vakıa ve emarelere dayanmalıdır. İşverenin sırf subjektif değerlendirmesi yeterli olmayıp, yapılan incelemede işçinin şüphe edilen eylemi işlediğinin büyük bir ihtimal dâhilinde olduğu sonucunun ortaya çıkması gerekir.”
Y22HD, T. 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34, www.lexpera.com.tr, E.T: 16.12.2021.

edeceğinin değerlendirilmesi gereklidir. Bu yönüyle geçerli nedenlerin incelemesi, geleceğe yönelik bir varsayımı da içerisinde barındırmaktadır¹⁰⁵. Fesih işleminin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi de bu varsayımların ne kadar somut temellere dayandırılarak yapıldığı üzerinden gerçekleşmektedir.

Söz konusu ilkeler yukarıda ifade edildiği üzere sistematik olarak belirli bir yerde mevcut olmamakla birlikte, uygulama esnasında dayanak bularak geliştirilmişlerdir ve iş güvencesi kapsamında işçinin feshe karşı korunması açısından belli normların yorumlanmasında tamamlayıcı bir işlev üstlenmektedirler¹⁰⁶.

Bu doğrultuda, söz konusu ilkeleri; feshin son çare olması ilkesi (*ultima ratio*), sosyal seçim (objektif seçim kriteri) ilkesi¹⁰⁷, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, olumsuz öngörü ilkesi, ölçülülük ilkesi ve eşit işlem ilkesi şeklinde sıralamak mümkündür.

II. FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ (*ULTIMA RATIO*)

A. İLKENİN GELİŞİMİ

Daha önce de ifade edildiği üzere iş hukukunun çağdaş dönemdeki en temel amaçlarından birisi işçinin, sosyal ve ekonomik açıdan nispeten daha zayıf olduğu işveren karşısında korunmasıdır. İş güvencesi kurumu ve bu çerçevede geçerli nedenler de bu amacın gerçekleştirilmesi açısından büyük önemi haiz durumdadır.

¹⁰⁵ Köme, s. 170; Manav, s. 174.

¹⁰⁶ Manav, s. 143; **Ayşe Köme Akpulat**: “The Principle of “Ultima ratio” in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* (2018), S.67, s. 45.

¹⁰⁷ Söz konusu ilke, işletme gereklerine dayanan feshe ilişkin olduğu için bu çalışma kapsamında incelenmeyecektir.

Bununla birlikte öğreti ve içtihatlar neticesinde gelişen ve tamamlayıcı nitelikte olan ilkeler bulunmakta olup, feshin son çare olması ilkesi de bunlardan birisidir.

Ultima ratio, Latince kökenli bir kavram olup, ultimus (son) ve ratio (çare) ifadelerinin birleşiminden oluşmaktadır ve takip edilen bir amacı gerçekleştirmek için başvurulmuş son çare anlamına gelmektedir¹⁰⁸. İfadenin kökeninin Avrupa’da yaşanan 30 Yıl Savaşları esnasında Fransızlar tarafından savaş toplarının üzerine, siyasi bir uyuşmazlığı sonlandırmak için kralın son sözü anlamına gelecek şekilde “*Ultima ratio Regum*” ifadelerinin işlenmesine dayandığı belirtilmektedir¹⁰⁹.

Söz konusu ilke, münhasıran iş hukuku kapsamında geçerli olan ve tatbik edilen bir ilke niteliğinde değildir. Özellikle ceza hukukunda yer bulan bu ilkeye göre, ceza kanunları yasal kişilerin korunması amacına yönelik olarak, fiilin büyük toplumsal zararlara sebebiyet verdiği hallerde son çare niteliğini taşır¹¹⁰. Yine benzer bir yöndeki Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına göre de kamu idaresi vatandaşların özgürlük haklarını yalnızca kamunun çıkarlarının korunması için elzem olduğu hallerde kısıtlamalıdır¹¹¹.

Feshin son çare olması, yani *ultima ratio* ilkesi hukukumuzda temelini 4726 sayılı Medeni Kanun m.2’de yer alan dürüstlük kuralından almakta olup, ölçülülük (orantılılık) ve bu ilkenin bir alt ilkesi niteliğindeki “gereklilik” ilkesi¹¹² ile de

¹⁰⁸ **Rudolf Wendt**: “The Principle of “Ultima ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Oñati Socio-legal Series* [online], S. 3 (1), s. 84; <https://bibliographie.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/111335/220-1202-1-PB.pdf?sequence=1>, E.T:07.05.2021; **Dilek Dulay Yangın**: İş Mücadelesine Hâkim Olan Temel İlkeler-Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. Bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 138; Güzel, İşletmesel Karar, s. 172

¹⁰⁹ Wendt, s. 84; **Mustafa Kılıçoğlu/ Kemal Şenocak**: “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, s. 199.

¹¹⁰ BVerfGE 88, 203 (258), 28.05.1993, Abortion (Schwangerschaftsabbruch II), <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1190>, E.T: 07.05.2021.

¹¹¹ BVerfGE, 15.12.1965, 19, 348 (349); 65, 44.

¹¹² Eyrenci, s. 433; Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz; Dulay Yangın, İlkeler, s. 139.

yakından ilişkilidir¹¹³. 4726 sayılı Kanun'un m. 2 düzenlemesine göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Ölçülülük ve feshin son çare olması ilkesi aynı yasal nosyondan kaynaklandığından, her ikisi de aşırılığa kaçan uygulamaları önleme amacını gütmektedir¹¹⁴.

Feshin son çare olması ilkesi iş hukuku açısından ele alınacak olursa, işveren fesih işlemine başvurmadan önce, iş ilişkisinin devamını sağlayabilecek ve daha hafif nitelikte mümkün olan tüm tedbirleri denemelidir¹¹⁵. İş sözleşmesinin süreklilik ve sürdürülebilirliğini tesis etmek amacıyla ortaya çıkmış bir ilke olan feshin son çare olması ilkesi, zayıf tarafta olan işçinin korunması açısından da büyük önemi haizdir. İlke tarafların, özellikle de işveren tarafının sözleşmenin idamesini sağlamasını ve edimlerini yerine getirmesini dürüstlük kuralı çerçevesinde gerekli kılar¹¹⁶.

Fesih ancak iş sözleşmesinin sürekliliği ve devamı açısından uygulanabilecek başka bir tedbir kalmamışsa hukuka uygun olarak addedilmektedir¹¹⁷. İşçinin durumu ya da eylemi ciddi nitelikteyse, kasıt ya da hile içeriyorsa işveren daha az şiddette bir müdahalenin yeterli olmayacağını iddia edebilir¹¹⁸. Alman öğretisinde de ifade edilen

¹¹³ Süzek, s. 603; Wendt, s. 85; Manav, s. 144; Karademir, s. 267.

¹¹⁴ Süzek, s. 603; Wendt, s. 92; Avrupa Adalet Divanı'nın benzer yöndeki kararı için bkz; Case C-438/05, T. 11.12.2007, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0438>, E.T:16.12.2021.

¹¹⁵ Süzek, s. 604; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 347; **Ünal Narmanhoğlu**: İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri, 5. Bs, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 516; Alpagut, İş Güvencesi, s. 95; **Frank Maschmann**: "Arbeitsrecht und Beschäftigtendatenschutz", Compliance Aktuell, 9/2018, s. 48, https://www.cfmueeller.de/9783811438095_leseprobe_Arbeitsrecht.pdf, E.T: 03.08.2021; Akyiğit, s. 301; Senyen Kaplan, s. 288; **Julian Rieker**: "Working With the Federal Unfair Dismissal Laws", Australian Law Librarian (1996), C. 4, S. 4, s. 259.

¹¹⁶ Güzel, İşletmesel Karar, s. 173; Manav, s. 144; Kılıçoğlu, s. 155.

¹¹⁷ **Christian Rolfs**: "Der Allgemeine Kündigungsschutz Nach Dem Gesetz Zu Reformen am Arbeitsmarkt", Sozialer Fortschritt (2006), Vol. 55, No. 2/3, s. 37. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 347; Manav, s. 144.

¹¹⁸ **Gillian Demeyere**: "Human Rights As Contract Rights: Rethinking the Employer's Duty to Accommodate", Queen's Law Journal (2010), 36(1), s. 299.

bir hususa göre de söz konusu ilke işverence gerçekleştirilen tüm fesih türlerinde uygulama alanı bulabilecek niteliktedir¹¹⁹.

B. İLKENİN YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE HUKUKUMUZDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Yabancı hukuk sistemlerinde, özellikle Alman ve Fransız hukukunda, söz konusu ilkenin ilk olarak yargı kararlarında benimsendiği, sonrasında ise pozitif hukukta düzenlendiği görülmektedir¹²⁰. Öğretide ifade edildiği üzere son çare ilkesi ilk olarak Alman Federal Mahkemesi kararlarında yerini bulmuş olup, 1969 ve 1972 yılında gerçekleştirilen düzenlemelerle pozitif hukukta da açık dayanağa kavuşturulmuştur¹²¹. Söz konusu ilke Alman hukukunda Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş olup, feshin ancak acil bir şekilde uygulanması gerektiği hallerde başvurulabilecek bir yol olduğu, işverenin işçiyi aynı ya da kendine ait başka bir işyerinde istihdam etme imkânının olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²².

Fransız Yargıtayı, ilkenin pozitif hukukta yer almadığı dönemlerde, söz konusu ilkeyi Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code Civil*), sözleşmesel yükümlülüklerin dürüstlük kuralı (*bonne foi*) çerçevesinde yerine getirileceğini ihdas eden L. 1134/3 hükmü kapsamında tatbik etmiştir¹²³. Fransız hukukunun ilgili düzenlemesine göre, “ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshi işlemi, işçinin eğitimi ve başka bir işe uyumu için tüm çabalar gösterildikten ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı

¹¹⁹ **Hans Brox / Bernd Rütters / Martin Hensler:** Arbeitsrecht, 17. Bs, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2007, s. 171; Narter, s. 81.

¹²⁰ **Ali Güzel:** “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 64; Güzel, İşletmesel Karar, s. 173.

¹²¹ Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 45.

¹²² Manav, s. 146.

¹²³ Güzel, İşletmesel Karar, s. 173.

olduğu şirketler grubuna dâhil bir başka işletmede, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan veya eş değerdeki başka bir işte veya bunların mevcut olmaması durumunda veyahut işçinin onayı alınmak koşuluyla, gerektiğinde daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının olanaklı bulunmaması koşuluyla” gerçekleştirilebilir¹²⁴. Görüldüğü üzere, Fransız hukukunun ilgili düzenlemesine göre işveren fesih yoluna başvurmadan önce, işçiye aynı kategoride ya da benzer nitelikte bir işte çalışmasını teklif etmelidir.

Güney Afrika hukuk sisteminde, İş İlişkileri Kanunu’na eşlik ettiği ifade edilen İyi Uygulamalar Kodu’nda (*The Code of Good Practice*) yer alan düzenlemelere göre, işten çıkarma en son nitelikteki (*ultimate sanction*) yaptırımdır. Bu düzenleme kapsamında, işçinin dikkatinin çekilmesi ve işyerinin gerekliliklerinin karşılanmasını sağlayabilecek daha alt nitelikte bir yaptırım varsa, bu yaptırım benimsenmelidir. Mezkûr hukuk sisteminde mahkemeler, fesih konusunu değerlendirirken işverenin iş ilişkisini sürdürmesinin beklenip beklenemeyeceğini de dikkate almakta olup, bunu dikkate alırken de güven ilişkisinin ne derecede zarar gördüğünü tespit etmektedirler¹²⁵.

Yabancı hukuk sistemleri göz önüne alındığında ilkenin genellikle öğretilde ve yargı uygulamasında geliştiği, sonrasında ise Alman örneğinde olduğu gibi pozitif hukukta yer verildiği görülmektedir. İçerik olarak ise Türk hukuk sisteminin söz konusu sistemlerden ayrılmadığı görülmektedir. Buna göre işveren fesih yoluna başvurmadan önce mümkün olan diğer tedbirleri gözden geçirmek zorundadır.

¹²⁴ Güzel, *Ultima Ratio*, s. 64; Güzel, *İşletmesel Karar*, s. 174.

¹²⁵ Pillay, s. 45; Yunan iş hukukunda da yer bulan ultima ratio ilkesine göre de iş sözleşmesinin feshedilmesinden önce, işveren fesih harici diğer tedbirleri fesihten sakınma maksadıyla gözden geçirmek zorundadır (**Chronis Tsimpoukis**: “Some Brief Notes On Decision N° 3220/2017 Of Piraeus’ Single-Member Court Of First Instance”, *Lex Social: Revista Juridica de Los Derechos Sociales* (2018), C:8, S:2, s. 22)

C. İLKE KAPSAMINDA ALINABİLECEK TEDBİRLER VE GENEL

DEĞERLENDİRME

Yakın tarihli bir Bölge Adliye Mahkemesi kararına da konu olduğu üzere, fesihten kaçınmak için alternatif olarak hangi yolların denendiğinin, ancak başka bir yol kalmadığı düşünülünce feshe başvurulduğunun somut delillerle kanıtlanması beklenilmektedir¹²⁶. Nitekim dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi de bu yönde bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır¹²⁷. Somut olay koşulları içerisinde geçerli bir nedenin varlığı tespit edilse dahi, fesihten kaçınmak için alternatif hangi yollara başvurulduğunun somut delillerle ortaya konulmaması feshi geçersiz hale getiren bir unsur niteliğindedir¹²⁸. Bu hususa örnek olarak, işçinin performansının düşük olduğu kabul edilse dahi performans arttırmaya yönelik davacıya herhangi bir eğitim verilmemesi halinde feshin geçersiz sayılmasına yönelik Yargıtay kararı verilebilecektir¹²⁹.

¹²⁶ “Somut olayda, davalı şirket tarafından, yönetim kurulu veya yetkili organlar tarafından alınmış herhangi bir işletmesel karar veya organizasyon değişikliğine ilişkin değerlendirme raporu dahi sunulmaması; davalı şirketin fesih gerekçelerinin soyut ifadelerden ibaret bulunması; davacının iş akdinin feshinde objektif seçim kriterlerinin neler olduğunun, değerlendirmenin nasıl ve kimler tarafından yapıldığının, davacının hangi sebeplerle bu kriterleri geçemediğinin somut bir biçimde ortaya konularak ispatlanmamış olması, davacıya varsa ihtiyaç duyduğu eğitimin verilmesi suretiyle yapabileceği başka bir iş teklif edilmemesi, davalının işletmesel kararı uygularken "tutarlılık, ölçülü davranma, keyfi davranmama ve feshin son çare olması" ilkelerine uygun hareket ettiğini somut delillerle kanıtlayamamış bulunması karşısında feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemeyeceğinden mahkemece verilen kararda isabetsizlik bulunmamıştır.” Bursa BAM9HD, T. 12.02.2020, E. 2019/3192, K. 2020/367, www.legalbank.net, E.T: 09.05.2021; Ayrıca bkz; Kar, Yargısal Denetim, s. 123.

¹²⁷ Süzek, s. 603; Manav, s. 147.

¹²⁸ Güzel, Ultima Ratio, s. 83; Güzel, İşletmesel Karar, s. 181.

¹²⁹ “Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalı işyerinde 01.12.2000-20.06.2014 tarihleri arasında çalıştığı, iş akdinin davalı işveren tarafından performans düşüklüğü gerekçe gösterilerek feshedildiği, objektif bir performans değerlendirme kriterinin bulunmadığı, davacının görev tanımında belirtilen işlerin hangisinde yetersiz olduğunun belirtilmediği, gerçekten davacının performansının düşük olduğu kabul edilse dahi performans arttırmaya yönelik davacıya herhangi bir eğitim verilmediğinden feshin son çare olması ilkesine de uyulmadığı, kaldı ki davalı işveren fesih sebebi yapılan hususlar için davacı işçiye 11.06.2014 tarihli savunma istem yazısında uyarıldığının bildirildiği 1 hafta sonra aynı sebeplere dayanarak fesih işleminin yapıldığı anlaşıldığından iş akdinin geçerli bir nedene dayanmadığının kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Y9HD, T. 03.12.2015, 24618/24174, www.legalbank.net, E.T: 09.05.2021.

Öğretide, ekonomik kriz zamanlarında dahi iş sözleşmesinin feshinden kaçınmak üzere kısa çalışma gibi uygulamalara gidilmesi, toplu iş sözleşmelerinde belirlenen ücrete kıyasla aşırı günlük hükümleri (*Härteklauseln*) çerçevesinde daha düşük ücretlerin ödenmesi¹³⁰, emekliliği hak eden işçilerin sözleşmede öngörülenden daha düşük ücrete çalışmalarına onayları kapsamında izin verilmesi, değişen koşullara uyum maksadıyla belli limitler içinde şartların ayarlanabilmesini sağlayan koridor hükümlerin (*Korridorklauseln*) uygulanması dile getirilen önerilerden bazılarıdır¹³¹. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da, “işverenin fesihden önce fazla çalışmalarını 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 fesihden kaçınma imkânlarını kullanması” gerektiği ifade edilmektedir¹³².

İşverenin fesih yoluna gitmeden önce uygulayabileceği tedbirleri, tahdidi olarak ele almak mümkün olmayıp, somut olayın koşullarına göre başvurulabilecek tüm yolları bu kapsamda değerlendirmek gerekir¹³³. Özellikle işletmesel karar kapsamında gerçekleştirilen fesihlerde, feshin hemen öncesinde ya da sonrasında aynı pozisyonda başka işçilerin işe alınması, feshin son çare olması ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir¹³⁴. İşletme ve işyeri gerekleri ile işçinin işten çıkarılması arasında

¹³⁰ Köme Akpulat, *Ultima Ratio*, s. 55.

¹³¹ **Polat Soyer**: “Küresel Kriz Sürecinde İşletme Gereklerine Dayanan Fesihler ve İstihdam Sorunu”, *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi* (Aralık 2008), S.12, s. 71.

¹³² Y22HD, T. 11.04.2016, E. 2016/7834, K. 2016/10455, www.legalbank.net, E.T: 09.05.2021.

¹³³ Güzel, *İşletmesel Karar*, s. 177; Karademir, s. 271; Köme Akpulat, *Ultima Ratio*, s. 51.

¹³⁴ “Davacının çalıştığı televizyon kanalının kapatılması işverenin yönetim yetkisi kapsamında işletmesel bir karardır. Davalı işveren, davacının çalıştığı televizyon kanalı kapatıldıktan sonra davacıya grup bünyesinde ... yönetmen pozisyonu ve ayrıca 7 ayrı iş teklif etmiş olduğuna göre, fesihden önce feshin son çare olma ilkesine de uygun davranmıştır. Fesih öncesi veya sonrasında davacının çalıştığı pozisyona veya benzerine başka bir işçi alınması da söz konusu değildir. Açıklanan nedenle, davalı işverenin işletmesel kararı tutarlı uyguladığı kabul edilerek geçerli nedene dayanan fesih sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, T. 30.05.2018, E. 2017/26565, 2018/12115, www.legalbank.net, E.T: 09.05.2021.

bir illiyet bağı kurulması gereklidir ve işten çıkarmaya rağmen yeni işe alımların olması bu illiyet bağını ortadan kaldırır niteliktedir¹³⁵.

İşçiye fesih yoluna başvurulmadan önce eğitim verilmesi özelinde alınabilecek tüm tedbirler açısından, işçinin eğitim neticesinde gerekli verim ve seviyeye ulaşabileceği noktasında işverende haklı bir beklentinin oluşması da gerekmektedir¹³⁶. Bu husus öğretide belli bir kesim tarafından “beklenilmezlik ilkesi (Unzumutbarkeit)” şeklinde ifade edilmekte olup, işverenin fesih yerine başka bir tedbiri benimsemesinin mümkün olup olmadığı irdelenmektedir¹³⁷. Kanaatimce beklenilmezlik ilkesi, feshin son çare olması ilkesinden farklı nitelikte değildir ve söz konusu ilkenin kapsamı içindedir.

İşçinin görevlendirileceği yeni pozisyona dair verilecek eğitimin başarıya ulaşım ulaşılamayacağı noktasında, işçinin o güne dek gösterdiği performans ve verimliliğin, yeni bir iş pozisyonuna adaptasyon sağlayıp sağlayamayacağı noktasındaki yeteneğinin, disiplin sicilinin¹³⁸, işyerinde geçirdiği sürenin ve aidiyetinin¹³⁹ değerlendirilmede göz önüne alınabileceği mütalaa edilmektedir. Bu hususun yanı sıra söz konusu eğitim sürecinin işverene maliyeti de bu beklentinin oluşumu açısından önem arz etmektedir¹⁴⁰. Nitekim söz konusu eğitim işçinin kısa sürede belli bir beceriyi edinebileceği bir meslek içi eğitim olup, meslek kazandırma eğitimi hüviyetinde değildir¹⁴¹. Dolayısıyla sadece eğitim verilmesi hususuna münhasır

¹³⁵ Güzel, İşletmesel Karar, s. 171; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 55.

¹³⁶ Süzek, s. 606; Manav, s. 150.

¹³⁷ Manav, s. 168; Narter, s. 83; **İhsan Cem Cebeci**: İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 53.

¹³⁸ Karademir, s. 280.

¹³⁹ Karademir, s. 281.

¹⁴⁰ Süzek, s. 604; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 54; Karademir, s. 281.

¹⁴¹ Süzek, s. 606; Güzel, İşletmesel Karar, s. 181; **Binnur Tulukçu**: “İş Güvencesine İlişkin İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri”, Terazi Hukuk Dergisi (Temmuz 2017), C. 12, S. 131, s. 23; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 54; “Buna göre mahkemece fesih öncesi ve sonrası işe giriş ve çıkış bildirelileri ile işe giren ve çıkanların görev unvan ve tanımları getirilerek, davacının bilgi ve birikimine uygun başka bir pozisyonda görev teklif etme imkânı olup olmadığı, ayrıca davacının

olmamak üzere, alınabilecek tüm tedbirlerin işverenden beklenebilir ölçüde olması, tedbirin belli bir seviyenin üzerine çıkmasının işverenden beklenilemeyeceği değerlendirilmektedir¹⁴². Aşağıdaki Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere beklenebilirlik ölçüsünün somut veriler ışığında tespit edilmesi gerekir¹⁴³. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu §1’de ihdas edilen eğitime başvurma yükümlülüğü, elverişli olduğu sürece her türlü feshin önlenmesi bakımından geçerlidir¹⁴⁴.

Gerek eğitim verilmesi tedbirini gerekse diğer uygulanabilir tedbirleri, bu konuda yasal herhangi bir ölçüt belirlenmediğinden ötürü dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlamak doğru olacaktır. Ancak söz konusu yorumlamanın gereğinden fazla soyut kalabileceği, somut manada bir değerlendirmenin de tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılması suretiyle yapılabileceği öğretilerinde ifade edilmektedir¹⁴⁵.

makul süreli bir eğitimle kazanabileceği özellikleri itibariyle istihdam edilebileceği pozisyon ya da pozisyonların bulunup bulunmadığı araştırılıp gerekirse bu konuda bilirkişi raporu alınarak sonuca gidilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Ancak Yargıtay’ın işçinin kıdemi ve işletmenin büyüklüğünü göz önünde bulundurarak kısa süreli eğitimin yetersiz kalabileceği yönünde kararları da mevcuttur.” Y9HD, T. 27.03.2014, E. 2014/7522, K. 2014/10478, www.legalbank.net, E.T: 10.05.2021; Aynı yönde bkz; “...söz konusu performans değerlendirmelerinin dokuz aylık süreci kapsadığı, bu açıdan performansın artırılması için davacıya makul süre verildiği tüm dosya kapsamından anlaşılabilirlikle birlikte; davacının dört yıllık kıdemi ve davalı işletmenin ekonomik gücü ve büyüklüğü dikkate alındığında performans artırımını amaçlayan üç günlük eğitim süresinin yeterli olmadığı, performans ölçüm kriterlerinin objektif ve bilimsel olup olmadığı konusunda uzman bilirkişi incelemesini gerektirdiği...” Y22HD, T. 17.04.2012, E. 2011/14693, K. 2012/7585, www.lexpera.com.tr, E.T: 10.05.2021.

¹⁴² Süzek, s. 607; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 348; Alpagut, İş Güvencesi, s. 95.

¹⁴³ “Somut uyuşmazlıkta, iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin tümü yönünden fesih sebebi yapılan olgu aynı olduğuna göre tüm davalar bakımından doğru sonuca varılabilmesi için, işletme ve insan kaynakları yönetimi konusunda ve işletme ekonomisi alanında uzman olan üçlü bilirkişi kurulu oluşturularak, davalı şirketin fesih tarihindeki organizasyon şeması, örgüt yapısına ait ve kadro durumunu gösterir ve benzer tüm bilgi ve belgeleri işyerinde keşif yapılmak suretiyle incelettiler, davacı ve arkadaşlarının çalıştıkları işin alt işverene verilmesi üzerine kısa bir eğitimle işyerinde çalıştırılacakları başka uygun bir iş bulunup bulunmadığı, varsa o işe ait kadronun fesih tarihinde müsait olup olmadığı, feshin son çare olma ilkesinin uygulanması bakımından, objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde işverenin kendisinden beklenebilecek çabayı gösterip göstermediği hususlarını belirleyici rapor alınarak feshin son çare olarak başvurulup başvurulmadığını duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir. Eksik araştırma ile karar verilmesi hatalı olup, hüküm bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, T. 27.03.2012, E. 2011/13414, K. 2012/5854, www.lexpera.com.tr, E.T: 10.05.2021.

¹⁴⁴ Karademir, s. 275; Aynı yönde bkz; Süzek, s. 606.

¹⁴⁵ Karademir, s. 280; Benzer yönde bkz; Süzek, s. 604.

İşçinin yetersizliği ya da davranışları sebebiyle fesih yoluna başvurulmadan önce, eğitim verilmesi, uyarılarda bulunulması ve bu hususların belgelendirilmiş olması da *ultima ratio* ilkesi çerçevesinde yargı makamlarınca dikkate alınmaktadır¹⁴⁶. Nitekim söz konusu ilke, yukarıda Alman öğretisine dair ifade edildiği üzere gerek geçerli nedene dayalı gerekse haklı nedene dayalı fesihlerde uygulama alanı bulmakta ve aranmaktadır¹⁴⁷.

Eğitim verilmesi hususu ilk başta işçinin yetersizliğiyle ilgili olsa da, işçinin davranışlarına dayalı fesihten önce eğitim verilmesi de tamamen dışlanabilecek bir olgu değildir¹⁴⁸. Ancak Yargıtay'ın feshin son çare olması ilkesinin uygulanışına dair işçinin yetersizliği ve davranışlarına dayalı fesihler arasında farklı bir görüşü benimsediği de görülmektedir. Buna göre, işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermişse, bu ilkenin uygulamasını işverenden beklemek makul değildir¹⁴⁹. Yargıtay'ın kararına belli açılardan katılmak mümkün olmakla birlikte, işçinin

¹⁴⁶ “Somut uyuşmazlıkta, davacıya 27.03.2014 tarihinde cep telefonu ile uğraşmaması gerektiği konusunda bildirim yapıldığı, ancak davacının bu bildirimle rağmen yine de telefonla uğraştığı tekrar hatırlatmada bulunulduğu ancak davacının bu hatırlatmaya rağmen telefonla uğraşmaya devam ettiği konusunda bir tutanak bulunmadığından davranışının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesine girmeyeceği açıktır. Davacıya verilen eğitimlerde üretim alanında cep telefonu bulundurulmaması gerektiği bildirilmiş olup davacının buna aykırı ilk davranışı üzerine doğrudan fesih yapılması ölçülü kabul edilemez. Ancak bunun kabul edilebilmesi için davacının davranışının iş güvenliğini tehlikeye düşürmemesi gerekir. Eğer davacının davranışıyla işin güvenliği tehlikeye düşüyorsa yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu nedenlerle davacının makine başında sandalyeye otururken cep telefonu ile meşgul olmasının iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği konusunda makine mühendisi ve iş güvenliği alanında uzman bilirkişi eşliğinde iş yerinde keşif yapılmak suretiyle ortaya çıkarılıp iş güvenliği tehlikeye düşmekteyse feshin haklı nedene dayandığının kabulü; iş güvenliği tehlikeye düşmüyorsa davacıya ilk davranışı üzerine bir uyarı veya başka bir disiplin yaptırımı uygulanmadan doğrudan feshin yapılmasının ölçülü olmayacağından feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir. Eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.” Y9HD, T. 23.12.2015, E. 2015/24759, K. 2015/36525, www.legalbank.net, E.T: 09.05.2021.

¹⁴⁷ Manav, s. 151.

¹⁴⁸ Karademir, s. 278.

¹⁴⁹ “İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. Özellikle işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise feshin son çare olarak bakılması işverenden beklenmemelidir.” Y9HD, T. 13.02.2018, E. 2016/33263, K. 2018/2598, www.lexpera.com.tr, E.T: 10.05.2021.

davranışlarından kaynaklanan geçerli fesihte *ultima ratio* ilkesinin tamamen dışlanmaması uygun olacaktır.

Bununla birlikte, fesih karşısında özellikle işçi tarafı açısından iş güvencesinin önemli bir ayağı olan feshin son çare olması ilkesi, sınırsızca uygulanabilecek bir nitelikte değildir ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin ölçülü bir şekilde kurulmasını da gerektirir¹⁵⁰. Ayrıca üçüncü kişilerin haklarının zedelenmemesi de bir sınır oluşturmaktadır¹⁵¹. Nitekim alınan tedbirler işçi ve işveren arasında söz konusu olup, işverenin söz konusu tedbirleri neden başka bir işçi üzerinde tatbik etmediği sorgulanamayacaktır¹⁵².

Yukarıda da ifade edildiği üzere, feshin son çare olması ilkesi ölçülülük ilkesiyle yakından ilişkilidir. İşverenin yönetim yetkisi¹⁵³ ve işçinin feshe karşı korunması arasında ölçülü bir dengenin kurulması gerekli olup, işçiye mutlak manada bir iş güvencesi tanınması işverenin girişim özgürlüğünü zedeleyebilecek niteliktedir¹⁵⁴. Bu kapsamda, işveren tarafından feshe alternatif oluşturabilecek tedbirlere yönelik herhangi bir girişimde bulunulmamış olsa dahi, uygulanabilecek alternatif tedbirlerin herhangi bir yarar sağlamayacağını anlaşıldığı hallerde işverenin girişim özgürlüğüne orantısız şekilde müdahale edici değerlendirmelerden kaçınılmalıdır¹⁵⁵. Dolayısıyla, geçerli nedenler üzerinde gerçekleştirilen yargısal denetimin, işyerinin düzen ve devamı açısından en doğru kararları vereceği düşünülen işverenin yönetim yetkisini

¹⁵⁰ Güzel, İşletmesel Karar, s. 162; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 47.

¹⁵¹ **Erhan Birben:** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 132.

¹⁵² Çatalkaya, s. 405.

¹⁵³ “İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.” Y9HD, T. 16.12.2004, 27003/27998, Güzel, İşletmesel Karar, s. 171.

¹⁵⁴ Güzel, İşletmesel Karar, s. 162; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 52.

¹⁵⁵ Karademir, s. 268; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 56.

aşırı derecede kısıtlamaması ve keyfi işten çıkarmaları yaptırma tabi tutması gereklidir¹⁵⁶.

Türk hukuk sisteminde, pozitif hukukta feshin son çare olması ilkesine, yani *ultima ratio* ilkesine açık bir şekilde yer verilmediği, ancak ilkenin gerek içtihat gerekse öğretide benimsenen bir ilke olduğu görülmektedir. Öğretide söz konusu ilkenin pozitif hukukta yer almamasından ötürü uygulanamayacağını ifade eden görüşler bulunsa da¹⁵⁷, nispeten soyut yöntemi benimsemiş bulunan bir hukuk sisteminde, böyle bir durum olağan dışı karşılanmamalıdır¹⁵⁸. Her ne kadar kanun düzenlemesinde söz konusu ilkeye yer verilmemiş olsa da, İş Kanunu m.19'un gerekçesinde “*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.*” şeklinde bir ifadeyle ilkeye değinildiği görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu *ultima ratio* ilkesi doğrultusundaki tercih ve isteğini açıkça ortaya koymuş durumdadır.

III. MENFAATLERİN TARTILIP DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ

A. İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN MENFATLERİ VE MENFAAT ÇATIŞMASI

Öncelikli olarak menfaat kavramını insanların bireysel ya da toplu şekilde tatmin etmeye çalıştığı talep ya da arzular olarak tanımlamak mümkündür¹⁵⁹. Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, iş ilişkisinin sürdürülmesi açısından birbirinden farklı menfaatlere sahip işçi ve işveren tarafının menfaatlerinin hâkim tarafından somut olay

¹⁵⁶ Güzel, İşletmesel Karar, s. 166.

¹⁵⁷, s. 168.

¹⁵⁸, s. 143; Güzel, İşletmesel Karar, s. 176; Köme Akpulat, Ultima Ratio, s. 55.

¹⁵⁹ **Roscoe Pound**: “A Survey of Social Interests”, Harvard Law Review (1943), S.57, s. 1.

koşulları çerçevesinde bir terazide tartılması ve menfaatleri daha ağır nitelikte olan tarafa öncelik verilmesini ifade etmektedir¹⁶⁰. İşveren açısından işletmeyi daha verimli ve kârlı hale getirmek için arzu ettiği şekilde yönetmek gibi bir menfaat bulunurken, işçinin de geçimini sağlamak temelinde menfaati mevcuttur¹⁶¹. Bu menfaatlerin dengelenmesi ve ölçülmesi bir adalet terazisi şeklinde sembolize edilebilir¹⁶².

İlke, aslında ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olarak da ele alınabilecek niteliktedir ve merhamet duygusunu da içinde barındırır¹⁶³. Ölçülülük ilkesinde, özellikle işçi açısından işten çıkarma yaptırımını özelinde yaptırımların ağırlığının hak edilen ölçüde olup olmadığı incelenirken; menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinde eyleme ve davranışa karşı uygulanan yaptırımın ağırlığından ziyade mevcut durum karşısında hangi tarafın menfaatinin daha ağır bastığı incelenmektedir.

İş ilişkileri de dâhil olmak üzere her sosyal ilişkide kişilerin menfaatlerinin birbiriyle çelişmesi muhtemel olup, hukuk nizamı açısından bakıldığında öncelikli olarak bu çelişen menfaatlerin hukuki himayeye layık olup olmadıklarının tespiti gereklidir¹⁶⁴. Nitekim hukuka ve genel ahlak kurallarına aykırı olarak nitelendirilen menfaatlerin tanınması ve hukuka uygun menfaatlerle bir ölçüde tutulması mümkün değildir.

Menfaatleri birbiriyle karşılaştırdığımızda, bunlardan birini tercih edebilmemiz için her iki menfaate özgü ortak bir değer ölçüsüne (tertium comparationis) ihtiyaç

¹⁶⁰ **Theodore Benditt:** Law and The Balancing Of Interests, Social Theory and Practice (Spring 1975), Vol. 3, No. 3, s. 330.

¹⁶¹ **Tim Jesgarzewski:** Arbeitsrecht Grundlagen und Praxis, 1. Bs, Springer Gabler, Wiesbaden 2019, s. 203.

¹⁶² **Henry Perritt:** Employee Dismissal: Law and Practice, 5. Bs, Aspen Publishers, Maryland 2017, s. 7-7; “Çalışma barışı için işverenin mülkiyet hakkı ile işçilerin toplu pazarlık hakları arasında adil bir denge kurulması gereklidir.” Y22HD, T. 16.05.2013, E. 2013/5984, K. 2013/11244, www.lexpera.com.tr, E.T: 04.06.2021.

¹⁶³ Kılıçoğlu, s. 154.

¹⁶⁴ **Manfred Reh binder:** “Menfaatler Takdirinin Prensipleri (Çev. Turgut Kalpsüz)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1969), C. XXVI, S. 3-4, s. 274.

vardır¹⁶⁵. Bu değer ölçüsünü her somut olayda tatbik etmek mümkün olmasa da Birinci Dünya Savaşına son veren antlaşmalardan birisi olan Versay Antlaşmasının bir hükmü gereği kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün öncelikli amacı olarak belirtilen sosyal adalet¹⁶⁶ kavramını temel almak akla uygundur. Sübjektif değerlemeye tabi sosyal adalet kavramını somut bir ölçü haline getirmek ise hâkimin görevlerindedir. Bu kapsamda hâkimlere taraflar arasındaki dengeyi kurmak maksadıyla geniş bir takdir alanı bırakılmıştır¹⁶⁷. Genel itibariyle birbirine yakın değerde iki menfaatin birbiriyle çelişmesi halinde işçi lehine yorum yapılması söz konusu olsa dahi bu durum genel geçer nitelikte değildir ve iktisadi menfaatlerin de öncelikli olabileceği dikkate alınmalıdır.

Menfaatlerin önceliği belirlenirken öncelikli olarak dikkate alınması gerekli hususlardan birisi, savunulmak istenen menfaati tehdit eden zararın derecesi ve hangi tarafın daha fazla kaybedeceği¹⁶⁸. İşçi ve işveren tarafının her ikisinin de menfaatleri somut olayda zarar görebilecek nitelikte olsa da daha fazla zarar göreceği düşünülen menfaatin korunmasında sosyal adalet açısından fayda mevcuttur. Bu husus, “Maruz Kalınan Tehlikenin Ağırlığı Prensibi” olarak da ifade edilmektedir¹⁶⁹.

Menfaatlerin tartımı işlemi gerçekleştirilirken tüm uyumsuzluklarda aynı sonuçlara ulaşılabilecek sabit kriterlerden bahsedebilmek söz konusu değildir. Her

¹⁶⁵ Reh binder, s. 276.

¹⁶⁶ Versay Antlaşması'nın “İşgücü” başlıklı 13. Bölüm Önsözünde Milletler Cemiyeti'nin evrensel barışı kurmasının yolunun sosyal adaletten geçtiği ifade edilmektedir. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/genericdocument/wcms_441862.pdf, E.T: 20.05.2021.

¹⁶⁷ Perritt, s. 1-98.

¹⁶⁸ **Robert Hillman**: “An Analysis of the Cessation of Contractual Relations”, Cornell Law Review (1963), S. 68, s. 632; Reh binder, s. 282.

¹⁶⁹ Reh binder, s. 282.

uyuşmazlıkta farklı yönde değerlendirmelerle karşılaşmak olasıdır. Bu çerçevede aşağıdaki Yargıtay kararı bir örnek teşkil etmektedir¹⁷⁰:

“İşverenin iş ilişkisini sona erdirmek işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerin tartılmasında işverenin menfaatleri işçinkine oranla daha ağır basmalıdır. Bu hususta genel bir ölçü vermek mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılmalıdır. İşçinin kabiliyet ve uygunluğunda azalmanın kaynağı bizzat ilişkisi ise, örneğin meslek hastalığına veya iş kazasına dayanıyorsa, bu hususlar işçi lehine dikkate alınmalıdır. Buna göre, işçinin hastalığı işyerinden kaynaklanmışsa, bu olgu işçi lehine dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, işçinin meslek hastalığının işverenin işyerinde gerekli koruma ve iş güvenliği tedbirleri almamasından kaynaklanması halinde, iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğinin incelenmesinde katı davranılmalıdır. İş kazasına işverenin ya da işçinin kusuru ile mi sebebiyet verildiği hususları da incelenmelidir. İşyerinde işe devamsızlık oranı da dikkate alınmalıdır...”

İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir (Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsgrecht, Teil 3 Rz. 86, sh.630). İşyerinde çalışma

¹⁷⁰ Y9HD, T. 05.05.2008, E. 2007/35818, K. 2008/11433, www.legalbank.net, E.T: 17.05.2021; Benzer yönde kararlar için bkz; Y9HD, T. 24.09.2018, E. 2018/6582, K. 2018/16484, www.kazanci.com.tr, E.T: 11.06.2021; Y22HD, T. 15.06.2016, E. 2016/16276, K. 2016/17946, www.lexpera.com.tr, E.T: 08.06.2021; Benzer yönde görüş için bkz; Rehbinder, s. 282.

metodunun değiştirilmesi nedeniyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.”

Kararda, feshe dayanak gösterilen birden fazla nedenin olduğu, ancak her bir nedenin tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaması halinde, ayrıık olarak çeşitli nedenlerin bir bütün olarak ele alınması ve tarafların menfaatlerinin makul bir şekilde değerlendirilmesi suretiyle, feshin doğru, makul ve onaylanmaya değer olup olmadığının incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Söz konusu ilkenin uygulanması esnasında taraflar arasındaki güven ilişkisi de büyük önemi haiz olup, ilişkinin temelden sarsılması ve çökmesi durumunda işveren tarafının menfaatinin daha öncelikli nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹⁷¹. Ayrıca, söz konusu menfaatler tarafların iş ilişkisinin sürdürülmesine dayanan menfaatleri olup, tarafların özel hayatlarına ilişkin menfaatler bu kapsamda değerlendirme dışıdır¹⁷².

B. İLKENİN YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinin yabancı hukuk sistemlerinde de uygulandığı çok sayıda durumla karşılaşılmaktadır. Öncelikle Alman hukuku ele alınacak olursa, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda doğrudan bu yönde bir ilkenin mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına göre fesih işleminin sosyal açıdan haklı bir fesih sayılması için tarafların menfaatlerinin tartılarak göz önünde bulundurulması (*Prinzips der*

¹⁷¹ Cebeci, s. 52; Manav, s. 167.

¹⁷² Manav, s. 167.

Interessenabwägung) önemli bir işlevi haizdir¹⁷³. Söz konusu ilke, işçinin davranışları ve yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, işletme gerekleri sebebiyle yapılan fesiHLere kıyasla daha fazla önem taşımaktadır¹⁷⁴. Nitekim işletme gerekleri sebebiyle yapılan fesihlerde işçiden büyük oranda bağımsız bir durum söz konusu olduğu için, işçi tarafının tartılıp değerlendirilebilecek menfaatlerinden ziyade işletmenin ve dolayısıyla işverenin menfaatleri ağır basmaktadır.

Avusturya hukukunda iş güvencesi hükümlerinin yer aldığı 105/3 Avusturya Toplu İş İlişkileri Kanunu'nda (*Arbeitsverfassungsgesetz*) konuya ilişkin açık bir düzenleme olmasa da dayanak niteliğinde bir hüküm mevcuttur. Bu düzenlemeye göre iş sözleşmesinin feshinin sosyal açıdan haklı olduğunun ispatı, işverence işletme menfaatlerinin işçinin menfaatlerine göre daha ağır bir şekilde ihlal edildiğinin ortaya konulması suretiyle olacaktır¹⁷⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası¹⁷⁶ da iş ilişkisinin sonlandırılmasında işten çıkarmanın son çare niteliğinde olmasına ve işçi üzerinde ölçsüz nitelikte olumsuz bir etki yaratmamasına dikkat etmekte ve bu şekilde menfaatleri göz önüne almaktadır. Uluslararası İş Örgütü'nün öncelikli amacı da yukarıda ifade edildiği üzere ekonomik hedeflerin gerçekleştirilmesinden ziyade sosyal adaleti sağlamaktır.

AB Adalet Divanı'nın iş sözleşmelerinin feshinde yaş ayrımcılığına dair verdiği kararlarda, kişisel ve toplumsal çıkarların ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve işçilerin koruması ile işletmesel gereklilikler arasında denge

¹⁷³ **Kurt Pärli /Alexandra Caplazi/ Caroline Suter:** "Rechtliche Regelungen und Massnahmen Gegen Diskriminierung Von Menschen Mit HIV/Aids Im Arbeitsverhältnis und Aspekte Ihrer Wirksamkeit", NF 13DPD3- 107603 / 1, Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung, Zürich 2006, s. 329.

¹⁷⁴ **Ulaş Baysal:** İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 171; Manav, s. 166.

¹⁷⁵ Kabakçı, s. 189.

¹⁷⁶The Constitution of International Labour Organization, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO, E.T: 29.09.2021.

sağlanması hususu vurgulanmaktadır¹⁷⁷. Hollanda ve İsveç gibi ülkelerde, işyerinin kapatılması kararı alınırken işveren ve işçinin birlikte karar alması şeklinde bir mekanizma bulunmaktadır. Mahkemenin tarafların söz konusu karardan etkilenecek çıkarlarını tartıp değerlendirmesi neticesinde işverenin kararını dürüstlük kuralı çerçevesinde almadığını tespit etmesi ve kapatma kararını yasaklaması mümkündür¹⁷⁸.

Japon hukukunda, işçinin işletmesel gerekliliklerle aynı şirket bünyesinde başka bir işyerine zorunlu transferinde, işverenin bu hakkı kötüye kullanıp kullanmadığı ve işçinin hayatının bu karar neticesinde dezavantajlı bir duruma dönüşüp dönüşmediği çerçevesinde yargı makamları değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Her ne kadar Japon yargı makamları menfaat eşliğini oldukça yüksek tutsa da zorunlu transfer edilen işçinin aile üyesinin ciddi bir hastalığının olması ve bakabilecek tek kişinin söz konusu işçi olması gibi hallerde mahkemeler transfer kararını geçersiz kılmıştır. Benzer durumlarda da, işçinin yeni evli olması, okul çağında çocuğunun bulunup bulunmaması işçi tarafının menfaatlerinin tartılıp değerlendirilmesinde etkileyici olmuştur¹⁷⁹. Her ne kadar incelenen kararlar işçinin zorunlu transferine ilişkin olsa da aynı değerlendirmenin fesih esnasında da yapılabileceği kanaatine varılmaktadır.

Güney Afrika hukukunda da, şirketlerin istihdamda giderek artan esneklik ihtiyacı, iş görme gereklilikleri açısından gerekli tatmini sağlayamayan işçilerin çıkarılması zorunluluğu ve küreselleşmenin geleneksel iş modellerini giderek

¹⁷⁷ Case C-555/07, T. 19.01.2010, Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0555>, E.T: 04.12.2021. Case C-411/05, T. 16.10.2007, Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0411>, E.T: 04.12.2021; **Ann Numhauser Henning**: “The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls”, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (2013), No. 4, s. 413.

¹⁷⁸ **Robert Rebhahn**: “Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective (Part II)”, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (2004), Vol. 20, Issue 1, s. 129.

¹⁷⁹ **Michiyo Morozumi**: “Protection of the Established Position in Japanese Labour Law: Basic Normative Patterns Under the Long-Term Employment System”, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 14 (1998), Issue 1, s. 53.

değiştirmesi ile işçilerin sosyal-ekonomik yaşam tarzlarının korunması arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁰. Söz konusu dengeleme ise her olayın genel koşullarına göre gerçekteştirilmektedir. Güney Afrika mahkemelerinin de belirttiği üzere, adalet iki tarafı keskin bir kılıç olup, taraflardan sadece birine fayda sağlamak ya da taraflardan birini korumanın ötesindedir¹⁸¹. Tarafların menfaatleri tartılırken, işçinin kıdemi, önceki disiplin kayıtları, kişisel durumu, işin doğası ve eğer varsa iş görme borcunun ihlalinin özellikleri dikkate alınmalıdır¹⁸².

Kanada hukukunda, işçinin işyerinde yaptığı bazı eylem ve davranışların işverence izlenmesi ve gözetilmesi ile işverence habersiz yapılan alkol testi sonucu taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, özel hayatın gizliliğine yönelik işçi tarafının menfaati ile işyeri gerekliliklerinin sağlanmasına yönelik işverenin menfaatinin dengelenmesi çerçevesinde ele alınmıřlardır¹⁸³. Konu söz konusu hukuk sisteminde ağırlıklı olarak işverenin yönetim hakkını kullanırken meşru bir sebep doğrultusunda hareket etmesi, bu meşru sebebi gerçekteştirirken en az müdahaleci yöntemi benimsemiş olması ve işçilerin haklarına yönelik zararın ölçüsüz nitelikte olup olmadığı çerçevesinde incelenmiřtir¹⁸⁴. Dolayısıyla genel itibariyle ölçülülük çerçevesinde bir inceleme yapıldığı görölmektedir.

Kanada hukukunda, uygulanan yaptırım kaynaklı ortaya çıkan kazanç ve zararların değerlendirilmesine ilişkin olarak mahkemelerce geliştirilen McKinley testi bulunmakta olup, söz konusu teste göre işveren işçinin iş geçmişini, kıdemi, rol ve

¹⁸⁰ Pillay, s. 4.

¹⁸¹ Sidumo v Rustenburg Platinum Mines Ltd (2007) 12 BLLR 1097 (CC), Pillay, s. 26.

¹⁸² Pillay, s. 44.

¹⁸³ **Alon Shenker / Guy Davidov**: “Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts”, McGill Law Journal (2013), 59/2, s. 392.

¹⁸⁴ Shenker/Davidov, s. 405.

sorumluluklarını, işçinin işletmedeki pozisyonunu, işçiye atfedilen güven derecesini, işçinin bulunduğu iş alanını ve ilgili iş politikalarını göz önüne almak zorundadır¹⁸⁵. Bu testin özellikle ölçülülük ilkesiyle bağlantılı olarak işçinin yaptırım neticesinde görebileceği zararın ve işverenin söz konusu yaptırımla ulaşmak istediği amacın kıyaslanması maksatlı olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁶.

C. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Söz konusu ilke açık ve net bir şekilde öğretimizde yer almayan, ancak özellikle ölçülülük ilkesi çerçevesinde değinilen bir ilke niteliğindedir. Öğretide söz konusu ilke kapsamında bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı noktasında farklı yönde görüşler mevcuttur. Bunlardan Baysal'a göre Alman hukukunda feshin geçerliliği açısından sosyal açıdan haklı olma şartı aranırken, İş Kanunu m. 18'de dayanılan gerekçenin geçerli olması şartı aranmaktadır¹⁸⁷. Dolayısıyla Baysal sosyal açıdan bir değerlendirme zorunluluğunun yer almadığı Türk hukukunda menfaatlerin değerlendirilmesi yükümlülüğü bulunmadığı görüşündedir.

Kabakcı ise TMK m. 2' de yer alan dürüstlük ilkesinin iş hukukundaki yansıması niteliğindeki ölçülülük ilkesi ile yakından ilişkili olan menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinin Türk hukukunda da uygulama alanı bulması gerektiği görüşündedir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Dowling v. Ontario, Workplace Safety and Insurance Board, 246 DLR (4th) 6, Shenker/Davidov, s. 393.

¹⁸⁶ Shenker/Davidov, s. 393.

¹⁸⁷ Baysal, s. 190.

¹⁸⁸ **Mahmut Kabakcı:** Geçersiz Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, 1. Bs, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 193.

Özellikle tartımı yapılacak menfaatlerin açık bir şekilde ortaya konulamaması hâkimin bu değerlendirmeyi gerçekleştirirken üzerine düşen yükü artırmaktadır¹⁸⁹. Bununla birlikte, özellikle işten çıkarma yaptırımını uygulanırken söz konusu olan yaptırımın hangi tarafın menfaatine daha fazla katkı sağlayacağını değerlendirilmesinin sosyal adalet kavramın sağlanması açısından uygun olacağı düşünülmektedir. İşten çıkarma kararını, işçi ve işverenin mevcut durumları göz önüne alınarak bir terazi çerçevesinde değerlendirmek fesih işlemini daha sağlam bir zemine oturtacaktır.

IV. OLUMSUZ ÖNGÖRÜ İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Olumsuz öngörü ilkesi (*negativprognose prinzip*), Türk hukuk sisteminde açıkça düzenlenmiş bir ilke olmamakla birlikte, birçok yargı kararında¹⁹⁰ değinilmiş ve öğretide dikkate alınan bir ilkedir. İlke, herhangi bir uyuşmazlık hakkında karar verme safhasında geleceğe dair bir fikir yürütürken geçmişte yaşananların dikkate alınmasını önermektedir ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde ölçülülük ilkesinin bir yansıması olarak

¹⁸⁹ Benditt, s. 340.

¹⁹⁰ “Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüğü şart kılmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi).” Y9HD, T. 21.11.2017, E. 2015/16220, K. 2017/18738, www.legalbank.net, E.T:30.05.2021; Aynı yönde görüş için bkz; “Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüğü şart kılmalıdır(olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin davranışlarının veya verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir.” Y9HD, T. 19.06.2017, E. 2017/15221, K. 2017/10917, www.lexpera.com.tr, E.T: 04.12.2021; Benzer yönde görüş için bkz; İstanbul BAM28HD, T. 04.07.2019, E. 2019/2841, K. 2019/1292, www.lexpera.com.tr, E.T: 04.12.2021.

ifade edilmektedir¹⁹¹. Bu noktada öngörü ya da tahmin faaliyeti geçmişteki durumu inceleyerek geleceğe yönelik değerlendirme imkânı tanır¹⁹². Nitekim her fesih işlemi, iş ilişkisinin sürdürülemeyeceğine ilişkin geleceğe yönelik bir olumsuz öngörüü içinde barındırmaktadır¹⁹³.

Fesih işleminin haklı ya da geçerli bir fesih olup olmadığına ilişkin değerlendirme yalnızca geçmişte meydana gelen olayların dikkate alınmasından ibaret değildir. İş ilişkisinin zedelenmesinin geleceğe de olumsuz bir yansımasının olacağına dair bir değerlendirme gereklidir¹⁹⁴. Bu gerekliliğin sebebi, iş sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmesidir¹⁹⁵. Geçmişte yaşanan ciddi nitelikte zedelenmeler, geleceğe dair güçlü bir öngörü sunar¹⁹⁶. Zedelenen ilişki sebebiyle belli bir aşamadan sonra işverenin söz konusu iş ilişkisini sürdürmesi ise dürüstlük kurallarına aykırıdır¹⁹⁷. İşveren fesih işlemini gerçekleştirirken, karşılıklı yükümlülükler ihtiva eden iş ilişkisinde işlem temelinin artık ortadan kalktığı ve bu yönde devam edemeyeceği öngörüsüne sahiptir. Feshin haklılığı ya da geçerliliği

¹⁹¹ **Kübra Doğan Yenisey:** “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, (Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016), 1. Bs, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 479; Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 97.

¹⁹² Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 97.

¹⁹³ **Steffen Malinka:** Die Außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Spiegel der Rechtsprechung, Fakultät Wirtschaftswissenschaften Bachelorarbeit, s. 35, https://monami.hs-mittweida.de/frontdoor/deliver/index/docId/4179/file/Bachelorarbeit_Steffen_Malinka_Original_standard.pdf, E.T: 21.03.2021; **Ulrich Preis:** “Minima (non) curat praetor? Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund”, Teil I, Arbeit und Recht (Mai 2010), Vol. 58, No. 5, s. 187; Manav, s. 172.

¹⁹⁴ Maschmann, s. 48; Preis, s. 187; Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 98.

¹⁹⁵ Manav, s. 173.

¹⁹⁶ Maschmann, s. 48; Bu yönde yargı kararı için bkz; “Bölge adliye mahkemesince, eylemin şirket işleyiş ve disiplinine aykırı olduğu açık olmakla birlikte şirket zararına olarak mono distribütörün menfaat elde ettiğine dair delil bulunmadığı, çalıştığı dönem içinde davacı hakkında olumsuz öngörüye sebep olacak benzer şekilde bir davranışı, herhangi bir disiplinsiz hareketi veya olumsuzluğu, buna ilişkin herhangi bir tutanak, savunma, uyarı vs. belgeye rastlanmadığı, kampanya dönemlerindeki iskonto oranları nedeniyle oluşan satış ve faturalama farkından dolayı ortaya çıkan hesap açığı için yaptığı hatalı hareketi nedeniyle iş akdinin feshi yoluna gidilmesi ağır bir sonuç oluşturduğu ve hesap açığına konu miktar da gözetildiğinde fesihte ölçülülük ilkesinin aşıldığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf talebinin reddine karar verilmiştir.” Y9HD, T. 24.06.2019, E. 2019/3994, K. 2019/13999, www.legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

¹⁹⁷ Preis, s. 187.

sorgulanırken de yargı makamları işverenin söz konusu öngörüsünün sağlamlığını teyit etmeye çalışmaktadır.

Olumsuz öngörü ilkesi, gerek işçi gerekse işverenden kaynaklanan her türlü fesih işleminde dikkate alınması gereken bir niteliktedir¹⁹⁸. İlke işletme gereklerine dayalı fesih işlemlerinde de dikkate alınmalıdır. Ancak her fesih türünün kendine özgü koşullarının göz önünde bulundurulmasını da gerekli kılar. Nitekim işletme gereklerinden kaynaklanan fesih işleminde, geçmişte yaşanan olgulardan ziyade mevcut koşullar göz önünden bulundurularak geleceğe yönelik bir öngörü ya da tahminde bulunulur¹⁹⁹.

İşçinin görmekte olduğu işin gereklerini yerine getirmesi için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerilere sahip olması yeterlilik kavramıyla ifade edilmektedir²⁰⁰. Özellikle işçinin yetersizliğine ilişkin durumların geleceğe yönelik olumsuz bir öngörüye sebebiyet vermesi ve geçerli fesih nedeni oluşturması için, işçinin iş edimini yerine getirmesi bakımından sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve bunların kısa sürede giderilemeyecek olması gereklidir²⁰¹.

İşveren geleceğe yönelik öngöründe bulunurken tamamen kendi subjektif yargılarına dayanarak hükümde bulunamaz. Söz konusu öngörüsü objektif esaslar

¹⁹⁸ Preis, s. 187; Doğan Yenisey, s. 480.

¹⁹⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 101.

²⁰⁰ Y9HD, T. 15.12.2008, E. 2008/8488, K. 2008/33641, www. legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

²⁰¹ “İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibarıyla, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır, işçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafi doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir.” Y9HD, T. 01.12.2009, E. 2009/8399, K. 2009/32595, www. legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

çerçevesinde şekillenmelidir²⁰². Bu öngörüü gerçekleştirirken esas alınması gereken zaman dilimi ise iş sözleşmesinin feshedildiği andır²⁰³. Bu noktada feshin geçerliliği ve hukukiliğinin fesih bildiriminin işçiye ulaştığı an dikkate alınarak değerlendirilmesi uygundur²⁰⁴. Fesih anından sonra gerçekleşen olayların işverenin öngörüsünü hatalı çıkarmış olması, feshin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmayacaktır²⁰⁵.

Geleceğe dair öngörü gerçekleştirilirken, fesih işçiden kaynaklanan bir sebepten kaynaklanmaktaysa, bu kusurun ya da yetersizliğin derecesi öngörünün derecesi ve geçerliliğini belirleyecektir²⁰⁶.

B. İLKENİN UYGULAMASI

Yabancı hukuk sistemlerinden Alman hukukunda da yer verildiği üzere olumsuz öngörü ilkesinin fesih anında mevcut verilere göre uygulanması gerekir²⁰⁷. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına göre, fesih anında mevcut verilerin geleceği etkileyeceği kesin nitelikte olmalıdır²⁰⁸. Yargıtay'ın benzer yönde bir kararında da, *“işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir”* ifadesi kullanılmıştır²⁰⁹. Kanaatimce, “kesin” nitelikte bir etki yerine “kesine yakın”, “olması pek muhtemel” bir etkiyi kabul etmek daha uygundur²¹⁰. Kesin nitelikte bir etkinin feshin geçerliliğinde aranması, işverenin menfaati ve işyerinin gerekleri

²⁰² Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 101; Parli/Caplazi/Suter, s. 329.

²⁰³ Rolfs, s. 37; Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 101.

²⁰⁴ Malinka, s. 35; Manav, s. 173.

²⁰⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 107.

²⁰⁶ Preis, s. 187.

²⁰⁷ Parli/Caplazi/Suter, s. 329.

²⁰⁸ Manav, s. 174.

²⁰⁹ Y9HD, T. 08.12.2016, E. 2016/1000, K. 2016/21771, www.legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

²¹⁰ Aynı yönde görüş için bkz; Baysal, s. 158; Doğan Yenisey, s. 480.

açısından sosyal adalet kavramına uygun sonuçlar doğurmayacaktır. İşçinin gelecekte ne yönde davranacağına dair kesin bir yargıya varmak mümkün değildir²¹¹.

Olumsuz öngörü ilkesi ile işçinin iş ilişkisinin sonlandırılarak bir yaptırıma tabi tutulması değil, gelecekte işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verebilecek hususların önlenmesi amaçlanmaktadır²¹². Bu olumsuzluklar işçinin olumsuz bir davranışı olabileceği gibi, işçinin iş için gerekli yeterliliklere sahip olmaması ya da zamanla bu yetisini kaybetmesi de olabilir²¹³. Dolayısıyla bu ilke kapsamında işçinin önceden uyarılması önemli nitelikte olup, uyarıdan sonra dahi işçinin geçmişte yaşattığı problemlerin devam edeceği yönünde bir öngörü beklenmektedir²¹⁴. Hatta Alman hukukunda işçinin davranışı sebebiyle işveren tarafından uyarılmış olması halinde, öngörünün ayrıca gerekçelendirilmesine ihtiyaç bulunmadığı öğretide ifade edilmektedir²¹⁵.

Uyarıya rağmen işçinin olumsuz davranışlarını düzeltmemesi ya da yeterli görülmediği hususları geliştirme çabası içine girmemesi, bu hususların gelecekte de işyerinin çıkarlarına olumsuz etki edeceği yönünde güçlü bir öngörü oluşturur²¹⁶. Bu

²¹¹ Baysal, s. 158.

²¹² Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 105; Bu yönde yargı kararı için bkz; “4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması olasılığından kaçınmaktır.” Y9HD, T. 12.02.2018, E. 2016/34854, K. 2018/2314, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021; Aynı yönde bkz; “Davacının aynı davranışlarını bir daha tekrar edeceği de anlaşılamadığı gibi, olumsuz öngörü ilkesi gereğince fesih, geçerli nedene dayanmamaktadır”.Y9HD, T. 13.09.2017, E. 2016/19025, K. 2017/13171, www.legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

²¹³ “Kısaca işçinin davranışlarının veya verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir.” Y9HD, T.08.12.2016, E. 2016/1000, K. 2016/21771, www.legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

²¹⁴ LArbG Nürnberg, Urteil v. 20.02.2019 – 4 Sa 349/18, Wirksamkeit einer außerordentlichen Arbeitgeberkündigung, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2019-N-29727?hl=true>, E.T:30.05.2021; Benzer yönde görüş için bkz; Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin, s. 104.

²¹⁵ Doğan Yenisey, s. 481.

²¹⁶ **Erhan Birben:** “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013), C. 15, Özel Sayı, s. 467; Ancak Birben işçinin dosyasında yer alan uyarıların çok daha sonra gerçekleştirilecek fesih işlemlerinde olumsuz öngörünün teşkil

noktada yaşanan ihlallerin ciddiliği olumsuz öngörüyü desteklemektedir. Nitekim geçmişinde herhangi bir disiplin ihlali olmayan işçinin işverene fiziki olarak saldırması gibi bir durumda, her ne kadar bu olaydan önce işçinin herhangi bir olumsuz davranışı olmasa da aradaki güven ilişkisinin çökmesi muhtemeldir. Bu husus, gelecekte tekrar benzer bir durum yaşanması suretiyle işyerinin olumsuz etkileneceğine dair olumsuz öngörüyü kuvvetli kılmaktadır.

Olumsuz öngörü ilkesi, Alman hukukunda özellikle işçinin sağlığı kaynaklı fesihlerde önemli bir rol oynamaktadır. Sık sık hastalanan ve devamsızlık gösteren işçinin devamsızlığının gelecekte de işyerini olumsuz etkileyeceğine dair olumsuz bir öngörü gerçekleştirilmektedir²¹⁷. Tarafların karşılıklı edimleri arasındaki dengenin önemli derecede bozulması halinde olumsuz öngörü şartının karşılandığı ifade edilmektedir²¹⁸. Nitekim işçinin devamsızlığı işletmesel gereklilikler ve çıkarlar açısından sorun yaratabilecektir. Ancak işçinin geçmişte yaşadığı rahatsızlıkların fesih anı itibariyle tamamen ortadan kalkması halinde, bu yönde bir fesih işlemi geçerli kabul edilemez.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacının, davalı işyerinde çalışırken, çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı, bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalıştığı, diğer sürelerde de izinli olduğu, bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir²¹⁹. Kararda, bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı ifade edilerek geleceğe yönelik bir öngöründe bulunulmuş ve fesih kararının geçerli olduğu ifade edilmiştir.

ettiğine dayanak gösterilmesinin işçinin iş görme edimini yerine getirirken geçmiş hatalarının tehdidi altında kalmasına sebep olacağını ve bu durumun işçinin kişilik haklarına müdahale teşkil edeceğini de ifade etmektedir (Birben, Etkisizleşme, s. 468).

²¹⁷ Malinka, s. 42.

²¹⁸ Doğan Yenisey, s. 481.

²¹⁹ Y9HD, T. 28.04.2005, E. 2004/31892, K. 2005/14992, www.legalbank.net, E.T: 30.05.2021.

Yine olumsuz öngörü ilkesine değinilen bir Yargıtay kararında, uçucu personel olan işçinin sık sık istirahat raporu aldığı ve savunmasının istendiği, bu raporlar sebebiyle uçuş programlarının aksayacağına aşikâr olduğu, davacının sık sık rapor almasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve işveren açısından durumun çekilmez hale geldiği ifade edilmektedir²²⁰. İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde de ifade edildiği üzere “*çalışamaz duruma getirmemekle birlikte, işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalıklar*” fesih için geçerli neden teşkil etmektedir. Dolayısıyla işçinin geçirdiği rahatsızlıkların kısa süreli olması ve işini gereği gibi yapmasını etkileyecek nitelikte olmaması halinde fesih işlemi geçerli nedene dayalı kabul edilmez. Bu noktada istirahat raporlarını düzenleyen doktorların tedavi sürecine ve geleceğe yönelik görüş ve değerlendirmelerinin alınması ilkenin uygulamasında fayda sağlayabilir²²¹.

Alman hukukunda işçinin sağlığından kaynaklanan fesih işlemlerinde dört aşamalı bir yol izlenmektedir. Öncelikli olarak sağlığa dair olumsuz bir öngörü, bu şiddet ve nitelikte sağlık sorunlarının gelecekte de yaşanacağına dair bir öngörü ortaya çıkmalıdır. Bu öngörü tüm fesih işlemlerinde bir ön koşul gibidir²²². İkinci olarak, bu

²²⁰ “Dosya içeriğine göre uçucu personel olan ve Toplu İş Sözleşme hükümleri uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden yararlanan davacı işçinin davalı işverenlik bünyesinde yaklaşık 2 yıl 7 ay çalıştığı, bu sürenin yaklaşık 5 ayında ise yasal greve katıldığı, 05.10.2013 tarihinde grevden dönerek işbaşı yaptığı, 01.04.2014 tarihinde davacının 2012 yılında 25 gün, 2013 yılında 86 gün, 2014 yılı Ocak Şubat döneminde 11 ayrı raporla 21 gün rapor kullanması ile ilgili savunmasının istendiği, davacının savunmasında 2013 yılında bir kısım raporlarının iş kazası nedeniyle alındığını, 2014 yılında ise çeşitli rahatsızlıklardan raporlar kullandığını beyan ettiği anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında davacı 2013 yılında tüm raporların iş kazası ile ilgili olduğunu beyan etmişse de sunulan raporlara göre 2013 yılında özellikle aralık ayında faranjit, migren, üst solunum yolu enfeksiyonu, bel ağrısı gibi çeşitli rahatsızlıklardan rapor kullandığı, yine 2014 yılında davacının savunmasında da kabul ettiği şekilde iş kazası niteliğinde olmayan çeşitli rahatsızlıklardan raporlar kullandığı saptanmıştır. Davacının sık sık rapor alması nedeni ile önceden hazırlanan uçuş programlarının aksayacağı, iş gücü planlamasının değişeceği açıktır. Davacının sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisi işveren açısından çekilmez hale getirmiştir. İşverenin feshi, davacının yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır.” Y9HD, T. 19.11.2015, E. 2015/22940, K. 2015/32996, www.lexpera.com.tr, E.T: 30.05.2021.

²²¹ Doğan Yenisey, s. 483.

²²² Maschmann, s. 42.

devamsızlığın işletmenin ekonomik çıkarlarına olumsuz yönde etki edip etmeyeceği incelenmelidir. Sonraki aşama, *ultima ratio* prensibiyle de bağlantılı bir şekilde işçinin sağlık durumu göz önüne alınarak başka bir iş pozisyonunda çalışıp çalışamayacağını incelenmesidir. Son aşamada ise, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde işçinin sağlık durumu sebebiyle ortaya çıkan olumsuz durumun işveren açısından katlanılabilir olup olmadığı incelenmektedir²²³.

C. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İlkenin uygulaması, pozitif hukukta terim olarak dayanağı olmasa da dürüstlük kuralı ve iş güvencesi sistemi ile uyumlu görünmektedir. Rahatsızlığını tamamen atlatmış ya da geçmişte yaşadığı olumsuzluklardan ders çıkarmış, mevcut durumda iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmeye hazır olan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi sosyal adalet düşüncesiyle bağdaşmamaktadır.

Ancak özellikle sağlık kaynaklı fesih işlemlerinde olumsuz öngörü ilkesinin ülkemizde tatbik edilmesi safhasında problemlerle karşılaşılabilen öğretiler ifade edilmektedir. Bunun en önemli sebebi ise gerçeğe aykırı olarak istirahat raporu alınabilmesinin ülkemizde yaygın bir olgu olmasıdır²²⁴. Ayrıca kişilerin sağlık verilerinin özel nitelikte kişisel veri olması göz önünde bulundurulduğunda işverenin geleceğe yönelik bu rahatsızlığın devam edeceği yönündeki öngörüsünü ortaya koyması da sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Dolayısıyla söz konusu ilkenin uygulanmasında bu olguların da göz önünde bulundurulması gereklidir.

²²³ Malinka, s. 42.

²²⁴ Doğan Yenisey, s. 482.

Olumsuz öngörü ilkesi yukarıda da belirtildiği üzere mevzuatımızda yer almasa da özellikle içtihatlar vasıtasıyla hukuk sistemimizde yer bulan bir ilke niteliğindedir. İlkenin uygulanması kanaatimce feshin geçerliliği ve hukukiliğinin yanı sıra, işçi ve işveren arasındaki dengenin sağlanması açısından fayda sağlayabilecektir. Ancak ilkenin uygulanmasında bir standartlaşma ihtiyacının bulunduğu da aşikârdır.

V. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. İLKENİN TEMELLERİ

Ölçülülük ilkesi, bir amacı gerçekleştirmek için kullanımına başvurulmuş aracın uygun olmasını (elverişliliğini), gerekli olmasını ve amaç ile araç arasında orantılılık kurulmasını öngören bir ilkedir²²⁵. Sağlam'a göre temel bir hakkı sınırlama amacı ve sınırlamada kullanılan önlem arasındaki ilişkiyi denetleyen ilke, keyfi sınırlamalara engel teşkil etmekte ve denetimi rasyonel temellere oturtmaktadır²²⁶. Bu yönüyle dengeleyici bir yorum ölçütü işlevi gören ilke²²⁷, *ultima ratio* ilkesi ile de yakından bağlantılı olup işverenin iş sözleşmesini fesih yoluna başvurmadan önce amaca uygun ve elverişli diğer tedbirlere başvurmamasını gerekli kılar.

Fransızcada "*proportionnalité*" ve İngilizcede "*proportionality*" olarak ifade edilen ilkenin Türkçe karşılığı olarak "*ölçülülük*" ve "orantılılık" kavramları gösterilmektedir. "Ölçülülük" kavramı sözlük anlamı olarak "*ölçülü, dengeli olma*

²²⁵**Erhan Birben:** İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2006), s. 3.

²²⁶**Fazıl Sağlam:** Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara 1982, s. 128.

²²⁷**Christian Rumpf:** "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1993, s. 45, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6438/crumpf.pdf>, E.T: 22.03.2022; **Mehmet Hatipoğlu:** Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Temmuz-Ağustos 2019), S. 143, s.184.

durumu” şeklinde tanımlanmaktadır²²⁸. Ayrıca öğretide “aşırıya kaçma yasağı” (*übermaßverbot*) şeklinde de ifade edilmektedir²²⁹. Orantı kavramının sözlükteki karşılığı ise “*bir şeyi oluşturan parçaların kendi aralarında ve parçalarla bütün arasında bulunan uygunluk, oran*²³⁰” olup, orantılılık ifadesi orantı kavramından türemiş durumdadır.

Çalışma kapsamında söz konusu ilkenin uygulama esasları göz önüne alınarak ölçülülük ifadesinin tercih edilme sebebi ise, nispeten niceliksel bir değerlendirmeyi temel alan orantılılık ifadesi yerine farklı nitelikte menfaatler arasında bir denge kurma arayışının ölçülülük ifadesiyle daha iyi temsil edildiği düşüncesidir. Ancak Yargıtay’ın aşağıda yer verilen kararında da olduğu üzere ölçülülük ve orantılılık kavramlarının aynı şekilde algılanmasına sebebiyet verebilecek şekilde ifadelerin kullanıldığı da görülmektedir²³¹:

“Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir.” Bu noktadaki kanaatimiz, yukarıda ifade edildiği üzere orantılılık ilkesinin ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olduğu yönündedir. Nitekim aşağıda daha detaylı değinileceği üzere, Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru sonucu verdiği çok sayıda kararında bu yönde değerlendirmede bulunmuştur²³².

²²⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, E.T: 30.05.2021.

²²⁹ Rumpf, s. 33; **Mustafa Alp**: “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-“, Yasa Hukuk Dergisi (Ocak 1999/12), C.17, S.205, s. 1519.

²³⁰ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, E.T: 30.05.2021.

²³¹ Y9HD, T. 02.07.2015, E. 2015/15664, K. 2015/23885, www.legalbank.net, E.T: 01.06.2021.

²³²“Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.” AYM 1.Bölüm Kararı, T. 15.06.2021, B. No: 2020/22495, Sedat Haspolat Başvurusu,

İlkenin temelinde hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde adalet ve dengenin tesis edilmesi düşüncesi yer almaktadır²³³. Nitekim farklı menfaatlerin bir arada mevcudiyetini sürdürebilmesi, bu menfaatler arasında dengenin tesis edilmesi ile mümkündür²³⁴. Kökeni çok daha eski tarihlere dayanmakla birlikte, günümüz anlamında ilk kullanılışı Prusya Yüksek İdare Mahkemesinin 19. Yüzyılda verdiği kararlarda olmuştur. İlk başta polis hukukuna dair kararlarda etkisini gösterse de özellikle idare hukuku ve anayasa hukukunda önemli bir denetim ölçütü haline gelmiştir²³⁵.

İlke, işverenin fesih hakkına amacına uygun bir şekilde başvurmasını öngörmekte ve bu yönüyle hakkın kötüye kullanımını da önleme işlevi üstlenmektedir. Ancak ölçülülük denetimi amaç ve araç arasındaki dengenin kurulmasına odaklanmış haldeyken, hakkın kötüye kullanımı işverenin fesih hakkını kullanma amacıyla ilgilidir²³⁶.

B. İLKENİN YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE HUKUKUMUZDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, Alman ve Fransız hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin somut nitelikte uygulanması ve bir niyet açıklamasından ibaret kalmaması için sınırlarının açıkça tespiti gerektiği ifade edilmekte olup, bu husus

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/22495>, E.T: 04.12.2021. “Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir.” AYM, T. 04.07.2013, E. 2012/100, 2013/84, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130802-20.htm>, E.T: 04.12.2021.

²³³ **Yüksel Metin**: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük, Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2017), C. 7, S. 1, s. 5.

²³⁴ Çatalkaya, s. 10; Benzer yönde bkz; Yıldız, Eşit İşlem, s. 176.

²³⁵ Metin, s. 5.

²³⁶ Cebeci, s. 38.

ölçülülük ilkesine işaret etmektedir²³⁷. Kaynağını Alman hukukundan alan ilke bugün uluslararası hukukta Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından bir genel hukuk ilkesi olarak kabul görmektedir²³⁸. İlke bu sayede Avrupa Birliği ülkelerince benimsenen ve dikkate alınan bir niteliğe bürünmüştür.

İngiliz öğretisinde de yakın zamanlarda kabul gören ölçülülük ilkesinden önce, “Wednesbury testi” (*Wednesbury unreasonableness*)²³⁹ olarak isimlendirilen bir denetim gerçekleştirilmekteydi. Bu teste göre bir yetkinin somut bir olayda kullanımı objektif ölçüler çerçevesinde aşırı mantıksızsa, başka hiçbir kimsenin bu yetkiyi kullanmayacağı aşıkârsa bu kullanım hukuka aykırıdır²⁴⁰. Yetkinin aşırı kullanımı olarak da ifade edilmiştir²⁴¹. 1998 yılında İngiliz hukukunda İnsan Hakları Kanunu’nun kabul edilmesiyle söz konusu testin yerine ölçülülük ilkesi uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Wednesbury testi, ölçülülük denetimine göre daha düşük bir eşik öngörmekte olup, bu testi geçen bir karar ölçülülük denetimine takılabilecektir²⁴².

Avrupa Birliği Antlaşmasının 5’inci maddesinde²⁴³ Birliğin yetkilerinin kullanımında katmanlı yetki (*subsidiarity*) ilkesiyle birlikte temel alındığı belirtilen ilke, esas olarak varılması hedeflenen amaç ve bunun için kullanılacak araçla

²³⁷ Çatalkaya, s. 19.

²³⁸ Rumpf, s. 28; **Gaye Burcu Yıldız**: “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013), C. 15, Özel Sayı (Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan), s. 683.

²³⁹ Söz konusu test 1948 yılında karar verilen Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation davasına dayanmakta olup, kararda “kesinlikle yapılmaması gereken şeyler” kavramıyla ifade edilmiştir (**Gamini Lakshman Peiris**: “Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvas”, The Cambridge Law Journal, Cambridge University Press (1987), Vol. 46, No. 1, s. 54).

²⁴⁰ **Engin Saygın**: “Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Ankara Barosu Dergisi (2017), C. 75, S.2, s. 75.

²⁴¹ Peiris, s. 54

²⁴² **Julian Rivers**: “Proportionality and Variable Intensity of Review”, Cambridge Law Journal (March 2006), Volume 65, Issue 01, s. 202.

²⁴³ Article 5/1: The limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality. (Consolidated Version Of The Treaty On European Union, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0023.02/DOC_1&format=PDF , E.T: 01.06.2021).

ilişkilidir²⁴⁴. Gerçekleştirilen sınırlamaların ya da alınan tedbirlerin ölçülü olup olmadığını tespit etmek için esas alınacak nokta varılması hedeflenen meşru amaçtır²⁴⁵. Nitekim Antlaşmanın aynı maddesinin dördüncü fıkrasında da Birliğin eylemlerinin içeriği ve şeklinin antlaşmada belirlenen amaçları başarmak için gerekli olanı aşamayacağı düzenlenmiştir. AİHM kararlarında da ilke “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” alt kavramları ile ifade edilmiştir²⁴⁶.

Ülkemizde de ilk başta kamu hukukunda ele alınan ilke, 2001 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile 13’üncü madde kapsamına eklenerek anayasal bir statü kazanmış ve pozitif bir temele kavuşması öğretide oldukça yerinde bulunmuştur²⁴⁷. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kaynağını AİHS’den alan bu ilke, gerekçede “*meşru amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahale ile elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak, sınırlamanın demokratik bir toplumda ancak gerektiği ölçüde kullanılması*” olarak ifade edilmiştir. Öğretide ilkenin pozitif bir temeli olmasa dahi temel hak ve özgürlüklerin korunmasında bir yorum ölçütü işlevi göreceği ifade edilmektedir²⁴⁸. Nitekim söz konusu ilke Danıştay’ın 1970 yılında verdiği ve prototip niteliğinde sayılabilecek bir karardan itibaren, ismen zikredilmese de içtihatlarla konu olmuştur²⁴⁹. Danıştay tesis edilen işlemde, belirlenen meblağın “çok yüksek ve ölçüsüz” olduğuna hükmetmiştir²⁵⁰.

²⁴⁴ Metin, s. 6.

²⁴⁵ Çatalkaya, s. 389; Metin, s. 7.

²⁴⁶ **Yılmaz Oğurlu:** “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi”” (Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 516.

²⁴⁷ **Kemal Gözler:** “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, Ankara Barosu Dergisi (2001), S. 4, s.60 vd.

²⁴⁸ Çatalkaya, s. 29.

²⁴⁹ Danıştay 11D, T. 24.12.1970, E. 1970/2401, K. 1970/3088, Oğurlu, Ölçülülük, s.146.

²⁵⁰ **Yücel Oğurlu:** “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 125. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları (2004), No:68, s. 146; Saygın, s. 80.

Aslında 1970 öncesi bir kararında da Danıştay belediyenin tanzim ettiği tarifinin adalet esaslarına uymadığı ve nispetsiz olduğunu belirtmiştir. Söz konusu kararlarda ilkenin alt ilkeleri henüz tam yerleşmediği için tüm alt ilkelere birlikte yer verilmemiştir²⁵¹.

C. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ

Ölçülülük ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere alt ilkelere oluşmaktadır. Söz konusu kararlara göre bu ilkeler elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır:

“...“Elverişlilik”, başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık”²⁵² ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur ...²⁵³”

²⁵¹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, T. 15.10.1965, E. 1961/641, K. 1965/781, Oğurlu, Ölçülülük, s. 146.

²⁵² İngiliz öğretisinde söz konusu ilke, “fair balance” yani adil denge kavramıyla ifade edilmiştir (Rivers, s. 181).

²⁵³ “Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.” AYM, T. 18.10.2007, E. 2007/4, K. 2007/81, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071208-9.htm>, E.T: 04.12.2021; AYM, T. 05.05.2016, E. 2016/16, K. 2016/37, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160531-7.pdf>, E.T: 31.05.2021; Aynı yönde bkz; Rumpf, s. 29; Oğurlu, Ölçülülük, s. 136; Hatipoğlu, s. 193; İngiliz öğretisinde amacın meşruiyetinin de bu ilkelere olduğu ve denetimin ilk aşamasını oluşturduğu ifade edilmektedir (Rivers, s. 181).

Yargıtay'ın aşağıda yer verilen yakın tarihli kararı da ilkenin uygulanışına dair yol gösterici niteliktedir²⁵⁴:

“İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibariyle fesih bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.”

Görüldüğü üzere kararda, fesih işleminin de ceza niteliğinde olduğu vurgulanmış ve Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edilen alt ilkelere yer verilmiştir. Gerçekleştirilen denetimi sabit bir çerçeveye oturtmak mümkün olmayıp, hâkimin somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapması şarttır²⁵⁵.

Fesih işleminin ölçülülük ilkesi çerçevesinde olup olmadığının denetimi öncelikli olarak işverenin meşru bir amacı takip etmesini gerektirir. Fesih işlemi esnasında işverenin varmak istediği amaç ile kullanılan araç arasında denge bulunup

²⁵⁴ Y9HD, T. 28.03.2019, E. 2016/640, K. 2019/7059, www.lexpera.com.tr, E.T:04.06.2021.

²⁵⁵ Y9HD, T.07.07.2008, E. 2007/24548, K.2008/19209, www.lexpera.com.tr, E.T:04.06.2021.

bulunmadığı, daha elverişli ve hafif nitelikte bir tedbirin mevcut olup olmadığı ölçülülük denetiminin ana hatlarını oluşturur. Alman hukukunda Feshe Karşı Koruma Yasasında, işletme gereklerinin belli bir yoğunluğa varmış olması feshin geçerliliği açısından bir kıstas kabul edilmiş olup, bu yönüyle ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesi açıkça benimsenmiş durumdadır. Fransız hukukunda da işletme gereklerine dayalı fesihlerde ölçülülük denetiminin gereklilik denetiminden ibaret olduğu ifade edilmektedir²⁵⁶.

1. Elverişlilik

Ölçülülük denetiminin ilk aşaması, kullanılan aracın elverişli (*suitability*) olup olmadığının incelenmesi ile başlamaktadır²⁵⁷. İşveren tarafından benimsenen tedbirin, arzu edilen amaca ulaşmak açısından fayda sağlayıp sağlamadığı denetlenir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıdığı üzere, “*aracın yardımıyla istenilen neticeye yaklaşılabiliyorsa, araç elverişlidir*”²⁵⁸.

Elverişlilik ilkesinin arzu edilen neticeyi her koşulda fiilen gerçekleştirme zorunlu olmayıp, başlangıçta amacı gerçekleştirmek için soyut olarak mümkün görülmesi yeterlidir²⁵⁹. Bu nedenle amacı gerçekleştirmek açısından en baştan ve açık bir şekilde, objektif esaslara göre elverişsiz kabul edilen bir tedbirin benimsenmesi ölçülülük ilkesinin ihlali anlamında gelecektir.

²⁵⁶ Bu yönde detaylı açıklamalar için bkz; Çatalkaya, s. 389-395.

²⁵⁷ Metin, s. 8.

²⁵⁸ BVerfGE, Bd. 30, s. 292 (316); Bd. 33, s. 171 (187); Bd. 39, s. 210 (230); Bd. 40, s. 196 (222); Aynı yönde bkz; Metin, s. 9; Hatipoğlu, s.194; Kılıçoğlu/Şenocak, Ölçülülük, s. 196.

²⁵⁹ Metin, s. 9.

2. Gereklilik

Ölçülülük denetimi kapsamında gerçekleştirilen ikinci denetim, gereklilik (*necessity*) denetimidir²⁶⁰. Gereklilik denetiminin tatbik edilebilmesi için hedeflenen meşru amaca ulaşmaya elverişli birden fazla aracın mevcut olması gerekir²⁶¹. Birden fazla araç içinden işçiye ve topluma en az zarar verecek olan aracın tercih edilmesi gerekmekte olup, aynı amaca daha hafif nitelikte bir tedbirle ulaşılması mümkünse kullanılan araç gereksizdir²⁶². Bu yönüyle feshin son çare olması ilkesi ve gereklilik ilkesi arasında yakın bir ilişki olduğu ifade edilebilir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarında söz konusu ilke “*Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir.*” şeklinde ifade edilmiştir²⁶³.

Gereklilik denetimi daha çok niceliksel bir değerlendirmeyken, elverişlilik denetimi nitelikselidir²⁶⁴. Gereklilik denetiminin elverişlilik denetimini de kapsadığı yönünde öğretide görüşler bulunsa da bu durumun sonuca etki etmeyeceği düşünülmektedir²⁶⁵. Her iki ilke kapsamında gerçekleştirilen denetimden beklenen, işverenin ulaşmak istediği meşru amaca, başvurabileceği tedbirlerden en hafif olanı ile ulaşmasıdır. İşverenin işçi için en ağır nitelikte sonuç doğuracak fesih tedbiri yerine, her somut olayın özelliklerine göre değişebilecek ve kademelendirilmiş nitelikte daha hafif nitelikte tedbirlere başvurması gerekmektedir²⁶⁶.

İşletme gereklerine dayalı fesihte ise işverenin feshe alternatif olarak başvurması beklenen araçlar, işletmenin ekonomik geleceğine yönelik bir tahmine

²⁶⁰ Saygın, s. 70; Metin, s. 10.

²⁶¹ Metin, s. 11.

²⁶² Saygın, s. 70; Hatipoğlu, s. 196; Oğurlu, s. 500; Metin, s. 11.

²⁶³ BVerfGE, Bd. 38, s. 281 (302); Bd. 49, s. 24 (58).

²⁶⁴ Oğurlu, s. 507.

²⁶⁵ Çatalkaya, s. 392.

²⁶⁶ Birben, Ölçülülük, s. 130.

dayanmaktadır²⁶⁷. İşveren yönetim özgürlüğü kapsamında işletmesinin menfaatlerine en uygun olarak değerlendirdiği yola bir tahmin neticesinde başvurmuştur. Hangi yöndeki tahminin işletme açısından en uygun olduğuna ise hâkim dâhil kimse kesin hüküm yürütemeyecektir. Bu doğrultuda işverenin elverişli alternatif araçlar içerisinde bir seçim özgürlüğünün olduğu kabul edilmelidir²⁶⁸. Aksi yönde bir yaklaşımın işverenin yönetim özgürlüğüne aşırı yönde bir müdahale oluşturabileceği değerlendirilmektedir.

3. Orantılılık

Ölçülülük ilkesinin son alt ilkesi ise orantılılık (*verhältnismäßigkeit*) ilkesidir. Alman öğretisinde “dar anlamda ölçülülük ilkesi” şeklinde bir tanımlama yapılmakta olup, ilke kapsamında ulaşılmaya hedeflenen amaç ile araç arasında makul bir denge olup olmadığı denetlenmektedir²⁶⁹. Alman öğretisinde bu şekilde bir tanımlama yapılmasının sebebi, orantılılık denetiminin ölçülülük denetiminin en son ve en önemli aşamasını oluşturduğunun düşünülmesidir²⁷⁰.

Orantılılık ilkesi kapsamında amaca ulaşmak için seçilen araç muhataplarına ölçüsüz bir yük yüklememeli ve muhatapları açısından katlanılabilir nitelikte olmalıdır. Kullanılan aracın ilgiliye yüklediği yük ve bu aracın uygulanması ile toplumun sağlayacağı fayda arasında hassas bir denge tesis edilmelidir. Elverişlilik ve gereklilik denetimi gerçekleştirilirken kullanılan araçların niteliğine odaklanılırken,

²⁶⁷ Çatalkaya, s. 395.

²⁶⁸ Alp, s. 1533; Birben, Ölçülülük, s. 118

²⁶⁹ Yıldız, s. 682; Saygın, s. 69; Oğurlu, s. 494; Metin, s. 13; Cebeci, s. 40.

²⁷⁰ Rumpf, s. 33; Metin, s. 13.

orantılılık denetimi esnasında işçiye yönelik uygulanan tedbirin ağırlığı ve ulaşılmak istenen amaç arasındaki denge göz önüne alınır²⁷¹.

Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi de ölçülülük ilkesinden doğmuş olup, iş hukukunda çoğunlukla aynı kapsamda uygulanır. Aralarındaki benzerliğe rağmen farklar da mevcuttur. Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinde somut olayın tüm özellikleri inceleme kapsamına alınırken, orantılılık ilkesinde amaç ve araç arasındaki denge göz önüne alınır²⁷².

Orantılılık denetimi gerçekleştirilirken işverenin subjektif yargılarından arındırılmış ve mümkün mertebe rasyonel olgulara dayalı objektif bir denetim esas alınmalıdır²⁷³. Matematiksel bir tartım işlemi mümkün olmasa da soyut olarak bir tartım işlemi yapılmalıdır²⁷⁴. Aslında, ölçülülük denetiminin en problematik ve en temel aşaması da bu tartım safhasında gerçekleşmektedir. Nitekim önlemlerin açık ve bariz bir şekilde tamamen elverişsiz olması ya da meşru bir amaca yönelik olmaması çoğunlukla karşılaşılan durumlar olmayıp, ölçülülük denetiminin orantılılık denetimi kapsamında yapılan tartım işlemine indirgendiği ifade edilebilir²⁷⁵. Ancak orantılılık denetiminin özgül ağırlığı uygulamada her ne kadar yoğun olsa da diğer alt ilkelerin uygulamasını da göz ardı etmemek gerekir²⁷⁶.

²⁷¹ Metin, s. 13-14.

²⁷² **Mustafa Kılıçoğlu / Kemal Şenocak:** İş Güvencesi Hukuku, 1. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 200.

²⁷³ Metin, s. 15; “İşyeri ve yapılan işin niteliği dikkate alındığında, işin durması veya önemli bir ölçüde aksaması hizmetin sürekliliğini ve güvenliğini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Bu sebeple ölçülülük ilkesi bağlamında eylemin süresi de önem arz edecektir. Eylemin süresi itibarıyla ölçülülük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde eylemin yöneldiği muhatap ve amaç, kamu yararı, işin ve işyerinin özelliği göz önünde bulundurulmalıdır.” Y9HD, T. 04.02.2014, E. 2013/9635, K. 2014/3175, www.lexpera.com.tr, E.T:04.06.2021.

²⁷⁴ Çatalkaya, s. 12.

²⁷⁵ Oğurlu, s. 496; Metin, s. 60.

²⁷⁶ **Madhav Khosla:** “Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply”, International Journal of Constitutional Law (April 2010), Vol. 8, Issue 2, s. 298-302.

D. İLKENİN İŞ HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI VE ÖĞRETİDEKİ ELEŞTİRİLER

İş hukuku özelinde bakıldığında işçi ve işveren tarafının karşılıklı menfaatlerin en fazla çatıştığı ve karşılaştığı an fesih anıdır²⁷⁷. İşverenin sözleşme özgürlüğü kapsamında işyerinde çalıştıracağı işçileri ve sayılarını belirleme özgürlüğüne karşılık olarak, işçinin de iş sözleşmesinin sürekliliğine dayalı bir menfaati mevcuttur²⁷⁸. İşçinin iş sözleşmesinin sürekliliğine duyduğu ihtiyaç sadece kendisine ilişkin bir ihtiyaç olmayıp, ailesi ve içinde bulunduğu toplum açısından da bir ihtiyaç teşkil eder. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi bu aşamada işverenin sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmadan kısıtlamak yönünde önemli bir işlevi üstlenmektedir. Nitekim Anayasa m. 49 uyarınca Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak gibi bir sorumluluğu da mevcuttur²⁷⁹. Ölçülülük ilkesi de bu doğrultuda zayıf taraf olan işçinin temel hak ve özgürlüklerini koruyarak işveren ile arasında menfaat dengesinin kurulmasına hizmet etmektedir.

Orantılılık ya da diğer ifadesiyle “dar anlamda ölçülülük” ilkesinin tüm fesih türlerine ilişkin bir denetim mekanizması teşkil etmediği, genel olarak işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesihlerde uygulanabileceği öğretide ifade edilmektedir²⁸⁰. Bunun sebebi ise yukarıda da bahsedilen işletmenin gereklerine dayalı fesihlerde işverenin belli bir serbestisinin bulunduğu kabul edilmesidir²⁸¹.

²⁷⁷ Çatalkaya, s. 381.

²⁷⁸ Birben, Ölçülülük, s. 68.

²⁷⁹ TC Anayasası m. 49: “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 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.”

²⁸⁰ Alp, s. 1529; Birben, Ölçülülük, s. 264.

²⁸¹ Yıldız, s. 696; Çatalkaya, s. 396.

Yargıtay ise konuya biraz daha farklı yaklaşmaktadır. Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay “İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir²⁸².” ifadelerini kullanmıştır. Kararda belirtildiği üzere feshe dair işletmesel kararların keyfi olmaması, zorunlu olması, ayrıca sözleşme ya da kanuna aykırılık teşkil etmemesi gerekir²⁸³. Kanaatimce Yargıtay işletme gereklerine dayalı fesihlerde işverenin karar özgürlüğüne vurgu yapmakla birlikte, orantılılık denetimini de dışlamamaktadır.

Her ne kadar işletme gereklerine dayalı fesihte orantılılık denetiminin uygulama alanı bulamayacağı öğretilmiş ifade edilse de söz konusu fesih türünde de ilkenin uygulanması kanaatimce mümkündür. Bu duruma örnek olarak, her ne kadar işyerinde işgücü fazlalığı ortaya çıkmış ve feshin gerekliliği belirmiş olsa da yaşlılık aylığını hak etmeye çok yakın kalmış yaşlı ve kıdemli işçinin işten çıkarılmasının gerekli, elverişli ancak orantısız bir tedbir olarak görüldüğü yönündeki görüşler gösterilebilir²⁸⁴. Alman hukukunda ölçülülük ilkesi fesih türlerinin hepsinde denetlenen bir ilke hüviyetindedir²⁸⁵. Alman mahkemesinin bu yöndeki kararı ile Yargıtay’ın iş güvencesinden yararlanma koşullarının sağlanması için gerekli olan altı aylık sürenin

²⁸²Y9HD, T. 12.02.2015, E.2015/1199, K. 2015/6314, www.lexpera.com.tr, E.T: 02.06.2021; Benzer yönde bkz; “İşverenin aldığı bu işletmesel karar, yukarıda sıralandığı gibi, öncelikle tutarlılık; keyfilik; daha sonrada feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimlerine tabi tutulmalıdır. İşveren aldığı bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını kanıtlamalıdır. Davalı işveren, davacı işçiye başka bir görev teklif ettiğine, davacı kabul etmediğine ve ayrıca alınan işletmesel karar yasaya uygun olduğuna göre, denetimin ölçülülük ve gereklilik yönlerinden değil, tutarlılık ve keyfilik yönünden yapılması gerekir. Zira hükme esas alınan raporun tutarlılık ve keyfilik denetimi yönünde yetersiz olduğu ve tarafların bu konudaki delillerinin toplanmadığı anlaşılmaktadır.” Y9HD, T. 30.10.2007, E. 2007/17467, K. 2007/31728, www.lexpera.com.tr, E.T: 05.06.2021.

²⁸³ Birben, Ölçülülük, s. 144; Aynı yönde yargı kararı için bkz; “Gereklilik denetimi de, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığına indirgenmelidir.” Y9HD, T. 30.10.2007, E. 2007/17467, K. 2007/31728, www.lexpera.com.tr, E.T: 05.06.2021.

²⁸⁴ Alp, s. 1530.

²⁸⁵ Çatalkaya, s. 390.

dolmasına çok kısa bir süre kala iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklı olarak savunması alınmadan feshedilmesini dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirdiği kararları benzeşmektedir²⁸⁶.

Yargıtay'ın diğer bir kararında da işletmesel karar almanın işverenin yönetim özgürlüğü kapsamında olduğu, ancak bu kararlar varılmak istenen noktaya fesih harici bir yolla ulaşıp ulaşılamayacağına denetlenebileceği ifade edilmiştir²⁸⁷. İşveren fesih yoluna başvurmadan önce kendinden beklenebilecek nitelikte teknik, ekonomik ve organizasyonel tedbirleri uygulamalıdır²⁸⁸. Ayrıca karar alındıktan sonra bu kararın uygulamasının tutarlı bir şekilde yapılması gerektiği içtihatlarında ifade edilmektedir.

Bu hususu “tutarlılık denetimi” şeklinde tanımlayan karar şu şekildedir:

“Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren

²⁸⁶ “Somut uyuşmazlıkta 26.01.2011 tarihinde işe başlayan davacının iş sözleşmesi 25.07.2011 tarihinde, ay olarak süreye vurulduğunda 5 ay 29 gün sonra davranışlarından kaynaklanan nedenle, ancak savunması alınmadan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedilmiştir. Öncelikle davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilip, savunması alınmadığından geçerli nedene dayanmadığı gibi altı aylık kıdem koşuluna bir gün kala iş sözleşmesinin bu şekilde feshi dürüstlük kuralına aykırıdır. Davalının davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği açıktır. Diğer taraftan davacının başlangıç olan 26.01.2011 tarihi ile fesih bildirimini yapılan 25.07.2011 tarihinde çalıştığından, altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarı ile mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir.” Y9HD, T. 01.04.2013, E. 2012/35856, K. 2013/10606, www.legalbank.net, E.T: 03.06.2021.

²⁸⁷ “İşletmesel 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 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 olmadığı 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 hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.” Y9HD, T. 13.11.2014, E. 2014/18430, K. 2014/33936, www.lexpera.com.tr, E.T: 05.12.2021; Aynı yönde bkz; İstanbul BAM29HD, T. 13.03.2019, E. 2018/4205, K. 2019/860, www.lexpera.com.tr, E.T: 05.12.2021.

²⁸⁸ Mollamahmutoglu /Astarlı / Baysal, s. 348; Aynı yönde bkz; Çatalkaya, s. 400.

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.

...

Dosyaya 2013 yılı Aralık ve 2014 yılı Nisan aylarını kapsar sigorta bildirimleri sunulmuştur. Bu belgeler incelendiğinde bir yandan işçi çıkarılırken bir yandan işçi alımı yapıldığı, işverenin işletmesel kararını tutarlı uygulamadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca alınan işçilerin hangi birimlere alındığı, davacının çalışabileceği yerlere işçi alınıp alınmadığı feshin son çare olması ilkesine uyulduğu somut olarak ortaya konup kanıtlanmamıştır²⁸⁹.

Kararda tutarlılık denetimi gerçekleştirilirken ele alınan husus, işyerinde işletmesel gerekliliğe dayalı fesih işlemi yapılırken aynı ya da benzer pozisyonlara yeni işçi alımı yapıp yapılmadığıdır. Çünkü bu yönde gerçekleştirilecek denetimle, feshin kaçınılmaz bir nitelikte olup olmadığı değerlendirilebilecektir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik kapsamda değil, ancak teknik bir düzeyde hukuki olarak denetlenmektedir²⁹⁰. Alman hukukunda da Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda işletme gereklerine dayalı feshe alternatif olarak işçinin çalıştığı birimin ya da görevinin değiştirilmesi teklifinde bulunulması pozitif dayanak bulmuştur²⁹¹.

²⁸⁹ Y9HD, T. 21.04.2016, E. 2015/29110, K. 2016/10087, www.lexpera.com.tr, E.T: 02.06.2021.

²⁹⁰ Ertekin, s. 47.

²⁹¹ Alp, s. 1531.

Orantılılık değerlendirmesi gerçekleştirilirken, tarafların menfaatleri arasında bir denge kurulması da hedeflenmektedir. İşçi açısından bu değerlendirme yapılırken, işçinin disiplin sicili, performansı gibi unsurların göz önünde bulundurulması gerekir. Söz konusu hususların yanı sıra feshin geçerli nedene ya da haklı nedene dayalı olması da göz önünde bulundurulacak hususlardandır²⁹². Nitekim işveren ve işçi arasındaki güven ilişkisinin temelden çöküp çökmediği de dikkate alınmalıdır²⁹³.

Her ne kadar iş mevzuatımızda ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmemiş olsa da bu durumun ilkenin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği öğretide savunulmaktadır²⁹⁴. Ayrıca İş Kanunu m. 18 gerekçesinde kullanılan “*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.*” ifadelerinin de *ultima ratio* ve bağlantılı olarak ölçülülük ilkesine işaret ettiği düşünülmektedir²⁹⁵.

Orantılılık ilkesi özelinde ölçülülük denetimi, bugün yabancı hukuk sistemleri içinde birçok hukuk sisteminde genel bir hukuk ilkesi olarak tatbik edilen ve oldukça revaçta olan bir ilke niteliğindedir. Ancak ilkenin uygulanmasına ilişkin birçok eleştiri de mevcuttur. Bunlardan birine göre orantılılık denetimi kapsamında bir tartım işlemi

²⁹² Çatalkaya, s. 396.

²⁹³ “İş Hukukunda ölçülülük ilkesi ise, daha çok işçinin çalışma koşullarının değiştirilmesi ve iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinde uygulanmaktadır. Zira İş Hukukunu diğer özel hukuk dallarından ayıran en önemli faktör ekonomik olarak güçlü konumda bulunan işveren karşısında bağımlı ve zayıf konumu ile işçinin yer almasıdır. Bu eşitsizlik nedeniyledir ki işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getiren işçinin korunması gerekmektedir. İşveren yönünden haklı sebeple fesih hallerinin mevcut olması durumunda işverenin başkaca bir sınırlama olmaksızın bu hakkını kullanabileceği düşünülse dahi esasında feshin temelinde yatan sebep akdi ilişkiye devamın katlanılmaz hâle gelip gelmediğinin belirlenmesi olduğundan, fesih ile işçi davranışı arasında orantı olup olmadığı irdelenmelidir. İşçi davranışının akdi ilişkiyi çekilmez hâle getirip getirmediği hususunun uzun süreli iş ilişkilerinde ayrıca ve titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Güven ilişkisini çökertmeyen bazı işçi davranışlarının haklı neden olarak değerlendirilmesi ve bu sebeple işveren tarafından tazminatsız fesih yoluna gidilecek olması işçi açısından ağır bir sonuç olacaktır.” YHGK, T. 07.02.2018, E. 2015/1591, K. 2018/185, www.kazanci.com.tr, E.T: 03.06.2021.

²⁹⁴ Birben, Ölçülülük, s. 97.

²⁹⁵ Çatalkaya, s. 391.

gerçekleştirilirken, nelerin ölçüldüğünün (menfaatler, haklar vb.), hangi ölçü sistemine dayalı olarak nasıl ölçüldüğünün ya da kim tarafından ölçüldüğünün ve kim tarafından ölçülmesi gerektiğinin (hâkimler ya da kanun koyucu) belli olmaması hukuki açıklık ve güvenlik açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır²⁹⁶. Değerlerin rasyonel olarak ölçülebilir bir nitelikte olmamasını temel alan eleştiriler, ölçülülük denetimine başvurulmaması gerektiğini ifade etmektedirler²⁹⁷.

Her ne kadar bu yönde eleştiriler bulunsa da, işverenin yönetsel özgürlüğü aşırı bir şekilde kısıtlanmamak suretiyle²⁹⁸ işçiye yönelik uygulanan yaptırımların belli bir ölçüde olması ve denetlenmesi Anayasa'da belirtilen sosyal devlet ilkesi ve çalışanların korunması ilkesi, Medeni Kanun m.2'de yer alan dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi çerçevesinde gereklidir. Kanaatimizce, ilkenin açık bir pozitif dayanağı bulunmasa dahi yargı makamlarınca dikkate alınması, yukarıda yapılan açıklamalar ve Anayasa ilke ve kurallarının kişiler arasındaki ilişkilerde de uygulama alanı bulacağı yöndeki kabul²⁹⁹ doğrultusunda bir sorun teşkil etmemektedir.

²⁹⁶ **Stavros Tsakyrakis**: "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law* (2009), Vol. 7, Issue 3, s. 468.

²⁹⁷ Tsakyrakis s. 473-474.

²⁹⁸ İşverenin yönetsel özgürlüğüne yönelik olarak, İngiliz öğretisinde mahkemelerin yönetimin disipline ilişkin kararlarına belli bir ölçüde saygı duyması gerektiği, müdahalenin yalnızca yetkinin kötüye kullanımı açısından bir denetleme unsuru olması ve mahkemelerin doğrudan işverenin yerine geçerek yetki kullanmaması hususu vurgulanmıştır (**Hugh Collins / Keith D Ewing / Aileen McColgan**: *Labour Law*, 1. Bs, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 825).

²⁹⁹ **Yavuz Atar**: "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (1989), S.2, s. 195; **İsmail Emrah Perdecioğlu**: "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (Temmuz 2020), Y:11, S. 43, s. 60.

VI. EŞİT İŞLEM İLKESİ

A. HUKUKUMUZDAKİ DAYANAKLARI VE UYGULANMA KOŞULLARI

Eşit işlem ilkesi (*Gleichbehandlungsprinzip*), yalnızca iş hukukuna özgü olmayan ve hukukun neredeyse tüm alanlarında temel teşkil eden bir ilkedir³⁰⁰. Bu ilkenin temelinde adalet düşüncesi vardır³⁰¹. İşveren söz konusu ilke kapsamında işyerinde çalışan ve aynı durumda bulunan çalışanlarına eşit davranmalı, aralarında keyfi bir ayrıma başvurmamalıdır. Söz konusu ilkenin iş hukukundaki temel hukuki dayanakları, Anayasa m. 10'da ihdas edilen eşitlik ilkesi ve İş Kanunu m. 5'te yer alan "eşit davranma ilkesi"dir.

Fesih esnasında eşit işlem ilkesinin uygulanması için; taraflar arasında bir iş ilişkisinin mevcudiyeti, işyeri açısından birlik olması yani aynı işyerinde çalışılması, işyerinde birden fazla işçinin çalışıyor olması ve bunlar arasında karşılaştırılabilir nitelikte olanlar üzerinde kolektif nitelikte bir uygulamaya gidilmesi, uygulamanın söz konusu işçiler için aynı zaman diliminde gerçekleşmesi ve uygulamanın bir ya da bir

³⁰⁰ Manav, s. 178; Bu yönde yargı kararı için bkz; "Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Eşitlik İlkesi" en temel anlamda T.C. Anayasasının 10. ve 55. maddelerinde ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir... 4857 Sayılı İş Kanunu sistematüğünde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna karşın eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında " esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.)". Y9HD, T. 15.05.2019, E. 2016/1423, K. 2019/11167, www.kazanci.com.tr, E.T: 08.06.2021.

³⁰¹ **Emine Tuncay Senyen Kaplan:** "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", TBB Dergisi (2017), Özel Sayı, s. 236.

kısım işçinin aleyhine olması gereklidir³⁰². Tek bir işçinin feshinin söz konusu olduğu hallerde eşit davranma borcundan bahsedilmesi mümkün değildir³⁰³.

B. ÖĞRETİ VE YARGI UYGULAMASI

İş hukukunda sözleşmenin feshi esnasında eşit işlem ilkesinin uygulanması öğretide tartışılan hususlardan birisidir. Öğretideki bir görüşe göre, fesih işlemi uygulanırken işverenin yönetsel özgürlüğü üstün tutulmalı ve eşit davranma ilkesi uygulanmamalıdır³⁰⁴. İşçi ve işveren arasında kişisel nitelikte bir ilişki kuran iş sözleşmesinin feshinde işverenin tercih hakkı bulunmalıdır. Bunun sebebi de işe alım esnasında seçim özgürlüğü bulunan işverene fesih esnasında bu özgürlüğün tanınmamasının uygun olmadığı düşüncesidir³⁰⁵. İşveren işe alma ve işe son verme kararlarında olduğu gibi, işin yönetilmesi sürecinde de belli bir girişimde bulunan ve riski üstlenen taraftır.

Öğretide fesih esnasında dar anlamda eşit davranma yükümlülüğü olmadığını ifade eden ancak yaş, cinsiyet, dil, din, mezhep gibi konulara dair mutlak ayrımcılık yasaklarına uyulması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur³⁰⁶. Bu yöndeki

³⁰² Yıldız, Eşit İşlem, s. 186-190; **Murat Kandemir / Didem Yardımcıoğlu**: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2014), C. 19, S. 30-31, s. 10 vd; **Sevil Doğan**: “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Nisan 2012), Yıl:3, S. 9, s. 183 vd; **Battal Şener**: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2011), Yüksek Lisans Tezi, s. 135; Bu yönde yargı kararı için bkz; “Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.” YHGK, T. 23.12.2009, E. 2009/9-485, K. 2009/598, www.lexpera.com.tr, E.T:08.06.2021.

³⁰³ Bu yönde görüşler için bkz; Yıldız, Eşit İşlem, s. 185; Şener, s. 135.

³⁰⁴ Bu yönde görüşler için bkz; **Kübra Doğan Yenisey**: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2006), C. 4, S. 11, s. 69.

³⁰⁵ **Fatih Uşan**: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2005), C.2, S.8, s. 1630.

³⁰⁶ **Kübra Doğan Yenisey**: “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil Dergisi (Haziran 2006), S.2, s. 61.

görüşlerin ortak noktası ise işverenin seçim özgürlüğünün sınırını hakkın kötüye kullanılmamasının oluşturduğudur³⁰⁷.

İş sözleşmesinin feshi aşamasında da eşit işlem ilkesinin uygulanması gerektiğini ifade eden görüşe göre de ilke keyfi nitelikte ayırım yapılmasını önler niteliktedir³⁰⁸. Eşit işlem borcunun hukukun diğer alanlarında olduğu gibi iş sözleşmesinin feshi esnasında da geçerli olduğu ifade edilmektedir³⁰⁹. İşveren, ancak ayırımı haklı kılan nedenler mevcutsa ya da “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kıldıkça” işçilere farklı nitelikte uygulamalarda bulunabilecektir³¹⁰.

Bu görüş kapsamında işverenin fesih esnasında eşit davranma borcu nisbi nitelikte olup, her durumda mutlak nitelikte bir eşit davranma borcu söz konusu değildir³¹¹. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında eşitlik ilkesinin fesih esnasında mutlak bir şekilde düzenlenmediğini ifade etmiştir³¹². Bu uygulama eşit durumda olan işçilere eşit davranılmasının yanı sıra, eşit durumda olmayan işçilere farklı şekilde

³⁰⁷ Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 69; Manav, s. 18; Uşan, s. 1630.

³⁰⁸ Sarper Süzek: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (Aralık 2008), S.12, s. 64; Doğan, Eşitlik, s. 205; Manav, s. 179.

³⁰⁹ Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 30.

³¹⁰ Senyen Kaplan, Eşitlik, s. 259; Şener, s. 140; Doğan, Eşitlik, s. 183; Bu yöndeki yargı kararları için bkz; YHGK, T. 23.12.2009, E. 2009/9-485, K. 2009/598, www.kazanci.com.tr, E.T:08.06.2021; Y9HD, T. 15.05.2019, E. 2016/1423, K. 2019/11167, www.kazanci.com.tr, E.T: 08.06.2021.

³¹¹ Senyen Kaplan, Eşitlik, s. 259; Manav, s. 178; Uşan, s. 1627.

³¹² “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir... 4857 sayılı İş Kanunu sistematüğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır. İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez.” Y9HD, T. 11.11.2020, E. 2016/31031, K. 2020/15724, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.12.2021; Aynı yönde bkz; Y9HD, T. 15.05.2019, E. 2016/1423, K. 2019/11167, www.kazanci.com.tr, E.T: 06.12. 2021; Aynı yönde bkz; Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 30.

davranılmasını da gerekli kılar³¹³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aşağıda yer verilen kararı da bu doğrultudadır³¹⁴:

“Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, korunmasına hizmet eder.”

Bu görüşe göre fesih için arasında seçim yapılması söz konusu olan iki işçiden daha çok kusurlu olanı, daha düşük performans göstereni işten çıkarmak hakkaniyete uygun düşmektedir.

İşveren eşit davranma ilkesi kapsamında birlikte kötü bir davranışta bulunan ya da benzer düşük performansta olan tüm işçilerinin sözleşmesini feshetmek zorunda değildir. Bu noktada önemli olan işverenin karşılaştırılabilir durumda olan işçiler arasında neden farklı yönde karar aldığını ve bunun keyfilikten uzak olduğunu ispatlayabilmesidir³¹⁵.

³¹³ Doğan, s. 205.

³¹⁴ YHGK, T. 23.12.2009, E. 2009/9-485, K. 2009/598, www.lexpera.com.tr, E.T: 08.06.2021.

³¹⁵ Şener, s. 143.

C. DEĞERLENDİRME

Kaynağını uluslararası düzenlemelerin yanı sıra, Anayasa ve İş Kanunu'ndan alan iş hukukundaki eşitlik ilkesi, kanaatimizce iş sözleşmesinin feshinde mutlak nitelikte uygulanmamalıdır. İşverenin fesih esnasında karşılaştırılabilir nitelikte işçiler arasında belli kriterlere uygun hareket etmesi ve haklı nedenler çerçevesinde kararlar vermesi eşitlik ilkesi kapsamında uygun olmakla birlikte, birbirine yakın nitelikte olan işçiler arasında bir tercih özgürlüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Hakkın kötüye kullanımı aşırılık oluşturmadıkça ve fesih mutlak ayrımcılık sebeplerine dayanmadıkça, işverenin işi yönetme ve işyerindeki düzeni tesis etmesi açısından hangi işçilerin sözleşmelerinin feshedileceği noktasında belli bir karar marjının bulunması gereklidir.

Bu özgürlüğün sınırını ise hakkın aşırı nitelikte kötüye kullanımı ve mutlak ayrımcılık yasakları oluşturmaktadır.

İkinci Bölüm

İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN

GEÇERLİ NEDENLER

§ 3. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ

I. YETERLİK, YETERLİLİK VE YETERSİZLİK KAVRAMLARI

İş Kanunu m. 18’de ifade edildiği üzere iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi esnasında başvurulabilecek geçerli nedenler arasında “işçinin yeterliliği” kavramı kullanılmıştır. İşçinin yeterli olması halinin bir fesih nedeni oluşturmasının mantıken uygunsuzluğu sebebiyle, yeterlilik kavramı yerine yetersizlik kavramının tercih edilmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir³¹⁶. Bu yanlış kullanımın sebebinin de, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün hazırlamış olduğu 158 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşmenin 4’üncü maddesinde yer alan “*capacity*” ifadesinin yeterlilik ve yetersizlik kavramının her ikisini de ihtiva eden “yeterlik” yerine Türkçe ’ye yanlış bir şekilde “yeterlilik” şeklinde çevrilmesi olduğu belirtilmektedir³¹⁷. Yargıtay’ın da bu konuya ilişkin kararlarında “yetersizlik” ifadesinin tercih edildiği görülmektedir³¹⁸.

Alman hukukunda ise işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedenler ifadesi yerine “işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenler” (*Gründe in der Person des*

³¹⁶ Aynı yönde bkz; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 205; Sarı, s. 143.

³¹⁷ Baysal, s. 37.

³¹⁸ “İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.” Y9HD, T. 23.12.2005, E.2005/24759, K. 2005/36525, www.legalbank.net, E.T: 08.06.2021; Aynı yönde bkz; Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.kazanci.com.tr, E.T: 06.12.2021.

Arbeitnehmers) kavramı kullanılmaktadır. Ancak kavram farklılığına rağmen her iki durum da aynı hususları düzenlemektedir³¹⁹.

II. FESİH NEDENİ OLARAK İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ

A. ÖĞRETİ VE YARGI UYGULAMASI

Yetersizlik kavramı İş Kanunu'nda ya da gerekçelerinde tanımlanmamış bir kavramdır. Ancak 18'inci maddenin gerekçesinde³²⁰ örnek nitelikte geçerli nedenler belirtilmiş, bu kapsamda kavramın içinin doldurulması işi öğreti ve içtihada bırakılmıştır. Dolayısıyla gerekçede belirtilen örnekler haricindeki çeşitli durumlar da geçerli neden teşkil edebilir³²¹.

İşçinin iş görme borcunu ihlal etmesi, genellikle sözleşmeye aykırı nitelikte ifa olarak ortaya çıkmakta olup, edimin niteliğine ve/veya niceliğine ilişkin bir durumu ifade eder. Sözleşmeye aykırı ifa, öğretide kötü ifa şeklinde tanımlanmış olsa da, bu kavramın edimin yalnızca nitelik kısmına odaklandığı, niceliğine dair bir belirtmede bulunmadığı değerlendirilmektedir³²².

Kavramı yeterlilik üzerinden tanımlamaya çalışırsak, “bir görevi icra etmek ve bu görevi ifa edebilmek için ihtiyaç duyulan yetenek bilgi ve beceriye sahip olmak”, görevin gerektirdiği şartları taşımak, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken donanım şeklinde ifade etmek

³¹⁹ Caniklioğlu, s. 69; Baysal, s. 37.

³²⁰ İş Kanunu m. 18 gerekçesinde yetersizliğe örnek olarak gösterilen nedenler: ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla 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 halleridir.

³²¹ Caniklioğlu, s. 77; **Resul Kurt / Muzaffer Koç**: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, 5. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 336.

³²² Bu yönde görüşler için bkz; Kabakcı, s. 17- 18.

mümkündür³²³. Kuzey İrlanda hukukunda da yeterlilik kavramı işçinin yetenek, sağlık durumu, fiziksel ya da zihinsel nitelikleri üzerinden ele alınmıştır³²⁴. Söz konusu yetersizlik halini işçinin o görevi gereği gibi icra etmesi için gerekli bedensel, ruhsal veya zihinsel yeterlilikten yoksunluk ve o işi icra etmek için gerekli lisans, belge, ehliyet ve benzerinin eksikliği olarak tanımlamak da mümkündür³²⁵.

Bu yetersizlik hali mevcut duruma dair bir tespiti³²⁶ ve geleceğe yönelik bir öngörüü de içinde barındırmaktadır³²⁷. İşçinin geçmişte bu şartları taşıyıp taşımadığının yetersizliğe dair uyumsuzluk kapsamında bir önemi yoktur³²⁸.

İşçinin yetersizliğini objektif yetersizlik ve sübjektif yetersizlik hali olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bu ayrıma göre yetersizliğin işçinin kendisi dışında, hâkimiyet alanında bulunmayan bir sebepten kaynaklandığı hallerde objektif yetersizlik söz konusudur³²⁹. Bu duruma örnek olarak, bir mesleğin yürütülmesi için gerekli olan yeterlilik belgesinin elde edilememesi, görev için gerekli olan sağlık şartlarının karşılanamaması verilebilir³³⁰.

³²³ Demir, s. 98; **Murat Şen**: “İşçinin Verimsizliğine dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, Erzincan Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi (2006), C. 10, S. 3-4, s. 389; **Cengiz Köseoğlu**: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2012), C.9, S.36, s. 106; Aynı yönde bkz; Y9HD, T. 15.12.2008, E. 2008/8488, K. 2008/33641, www.legalbank.net, E.T: 08.06.2021.

³²⁴ **Lisa Sturgeon**: “Fair Dismissal On the Grounds of Capability”, Napier&Sons Lawyer Issue, 2015/3, s. 2, <http://www.napiers.com/wp-content/uploads/2015/03/Fair-Dismissal-on-the-Grounds-of-Capability-April-2015.pdf>, E.T: 29.07.2021; İngiliz hukuku açısından da öğretilerde benzer bir tanımlama yapılmaktadır (Collins/Ewing/McColgan, s.820).

³²⁵ **Alan Rycroft**: “Blurring the Lines Between Incapacity, Misconduct and Operational Requirements: Zililo v Maletswai Municipality”, South African Mercantile Law Journal (2009), Vol. 21, No. 3, s. 430; Caniklioğlu, s. 76.

³²⁶ “İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibarıyla, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır, işçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafi doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir.” Y9HD, T. 01.12.2009, E. 2009/8399, K. 2009/32595, www.legalbank.net, E.T: 08.06.2021.

³²⁷ Jesgarzewski, s. 222.

³²⁸ Baysal, s. 38.

³²⁹ Kabakcı, s. 179.

³³⁰ Süzek, s. 578; Kabakcı, s. 90.

Sübjektif yetersizlik halinde ise işçi iş görme borcunu yerine getirmekte, ancak bu yetersiz bir iş görme teşkil etmektedir. Bu durumda objektif yetersizlikten farklı olarak işçinin hâkimiyet alanı dışında bir husus bulunmamaktadır. Fiziki ya da mesleki yetersizlik şeklinde tezahür edebilecek sübjektif yetersizlik performans düşüklüğüne sebebiyet vermektedir. Sübjektif yetersizlik halinde söz konusu durum eksik iş görme olarak ifade edilebilirken, objektif yetersizlik halindeki durum iş görme borcunun bütünüyle ifa edilememesidir³³¹.

İşçinin yetersizliği neticesinde, iş sözleşmesinde taraflar arasında mevcut karşı edim ilişkisi işveren aleyhine bozulmaktadır³³². Hatta bu dengenin belli bir seviyenin üzerinde bozulması İş Kanunu m. 25'te haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir³³³.

Geçerli nedene dayalı bir fesih sebebi olarak yetersizliğin hangi seviyeye ulaştığında feshe dayanak teşkil edeceği hususunda pozitif hukukta somut bir düzenleme yapılmamış ve hâkime geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Hâkim, önüne gelen uyumsuzluktaki yetersizlik olgusunu objektif veriler eşliğinde somut olayın özelliklerine göre değerlendirecektir. Burada baz alınacak önemli bir kriter, işçinin yetersizliğine ilişkin koşulların artık işverenden beklenmeyecek seviyeye ulaşıp ulaşmadığıdır³³⁴. Diğer bir deyişle işçinin yetersizliğinin bir geçerli fesih nedeni teşkil

³³¹ Kabakcı, s. 180.

³³² Köseoğlu, s. 109; Aynı yönde bkz; BAG, 18.1.2007, 2 AZR731/ 05, NJW 2007, s. 1901 = NZA 2007, s. 680; Baysal, s. 39; Bu yönde Yargıtay kararı için bkz; "İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir (Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungrecht, Teil 3 Rz. 86, sh.630)." Y9HD, T. 05.05.2008, E. 2007/35818, K. 2008/11433, www.legalbank.net, E.T:09.06.2021.

³³³ Örn. İş Kanunu m. 25/1-b : "(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirmsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar."

³³⁴ Baysal, s. 40; Topal, s. 42.

etmesi için, işyerinde olumsuzluklara yol açması aranan bir koşuldur³³⁵. Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu karar da aşağıdaki gibidir:

“4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlardan biri de sık sık hastalanarak rapor almaktır. Sık sık rapor alma halinde, işveren aralıklı da olsa işçinin iş görme ediminden faydalanamayacaktır. Sık sık hastalanan ve rapor alan işçinin, bu nedenle devamsızlığının işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık bir olgudur. İş Kanunu'nun gerekçesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan neden olarak örnek kabilinden sayılması, işyerinde olumsuzluklara yol açığının kabul edilmesindedir. Davacının iş sözleşmesinin "şirketimizin boyahane bölümünde sürdürmekte olduğunuz görevinize; İş Kanunu'nun 25/I ve 25/II maddelerinde belirtilen işçinin kastından dolayı sürekli rapor alarak işverenin iyiniyetini suistimal

³³⁵ Ünal Narmanlıoğlu: İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri, 5. Bs, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 514; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 206; Göktaş, s. 38; Topal, s. 41.

ettiğiniz ve ödevli olduğunuz görevinizi yerine getirmediğiniz" gerekçesiyle davalı tarafından feshedildiği görülmüştür.

Dosya içeriği ve istirahat raporlarına göre, davacının davalı işyerinde 03.01.2014-15.08.2016 tarihleri arasında çalıştığı, bu süre zarfında çok sık istirahat raporu aldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren her ne kadar çok sık alınan istirahat raporlarını hakkın suiistimali kabul ederek haklı nedenle fesih yoluna gitmişse de, Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere sık sık rapor alma şeklindeki davranışlar haklı neden niteliğinde olmayan ancak geçerli sebep oluşturabilecek hallerdir. İşçinin bu davranışının iş akışını bozacağı açık olup, işverenden buna katlanması beklenemez. Davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı, ancak sık sık rahatsızlanarak rapor alan davacının davranışının fesih için geçerli sebep oluşturduğu anlaşıldığından davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır³³⁶."

Bu kapsamda işçinin yetersizliği soyut olarak tek başına geçerli bir fesih nedeni oluşturmamaktadır. Bu durumun gelecekte de devam edeceği ve işletmenin menfaatlerinin bundan olumsuz etkileneceği yönünde olumsuz bir öngörü de gerçekleşmelidir³³⁷. Dolayısıyla bu değerlendirme kapsamında benzer şartlara sahip uyumsuzluklarda hâkimin farklı kararlara varması mümkündür.

Öğretide bu noktada bir eşik değer tespit edilmesine yönelik görüşler de mevcuttur. Bunlardan Alp'e göre İş Kanunu m. 35'te yer alan ücretin saklı kısmına ilişkin düzenleme yol gösterici niteliktedir³³⁸. Söz konusu maddede işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlasının hacz edilemeyeceği veya başkasına devir ve

³³⁶Y9HD, T.16.09.2019, E. 2019/1088, K. 2019/15951, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021; Aynı yönde bkz; Y9HD, T. 13.01.2020, E. 2020/6197, K. 2020/136, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021; Y9HD, T. 04.12.2006, E. 2006/23686, K. 2006/31640, www.legalbank.net, E.T: 08.06.2021.

³³⁷ Kabakcı, s. 165.

³³⁸Mustafa Alp: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 383-384.

temlik olunamayacağı düzenlenmektedir. Alp'e göre bu maddede performans düşüklüğüne ya da işçinin yetersizliğine değinilmemekle birlikte, tarafların ekonomik menfaatleri çerçevesinde burada belirtilen oranın, yani %25 düzenlemesinin performans düşüklüğü açısından eşik değer kabul edilmesi makuldür. Kabakcı da Alp'in belirtmiş olduğu bu oranın bir eşik değer olarak kabulünü uygun görmektedir³³⁹.

Öğretide belirtilen bu oranın kesin ve genel geçer bir kural olarak her olaya tatbik edilmemesi gerektiğini düşünmekle birlikte, uygulamaya yön vermesi ve fikir vermesi açısından böyle bir değerın temel alınmasının uygun olduğu kanaatindeyim. Ancak her olayın kendi somut koşullarının farklı yönde bir değerlendirmeye yol açabileceği ihtimali de gözden çıkarılmamalıdır. Bu noktada ortalama düzeyin %26-27 gerisinde kalınan her performans düşüklüğünde fesih açısından geçerli neden bulunduğu yönünde bir kabul hatalı olacaktır. Bunun tam aksi yönündeki, yani ortalama düzeye göre performans düşüklüğünün %25 değerinin altında kaldığı hallerde fesih açısından geçerli neden bulunmadığı yönündeki kabul de hatalı olacaktır. Burada esas alınması gerekli olan düşünce, yetersizliğin işveren açısından katlanamayacağı bir seviyeye varıp varmadığıdır³⁴⁰.

İşçinin yetersizliğinin kaynağı da bu noktada belli bir önem taşımaktadır. Nitekim işçinin yetersizliği kısa bir süre eğitim verilmesi ya da bu konuda ihtarda bulunulması gibi bir yolla giderilebilecekse bu tedbire başvurulması feshin geçerliliği açısından gereklidir. Ancak yetersizliğin arkasında sağlık problemi gibi bir sebep söz

³³⁹ Kabakcı, s. 174; Alman öğretilinde yaklaşık %30 gibi bir performans düşüklüğünün eşik değeri olduğu yönünde bkz; **Jens Kirchner/ Pascal Kremp / Michael Magotsch**: Key Aspects of German Employment and Labour Law, 2. Bs, Springer-Verlag Berlin and Heidelberg, Berlin 2018, s. 142.

³⁴⁰ Kabakcı, s. 175.

konusuysa, problemin niteliği de göz önüne alınarak herhangi bir süre tanımaya gerek olmadan geçerli feshe başvurulması mümkündür³⁴¹.

B. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE YETERSİZLİK

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, Alman hukukunda kişisel nedenler şeklinde bir başlık olup, işçinin mevcut iş açısından gerekli yeterliliğe sahip olmaması, hastalık, kişisel uyum sorunları, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, resmi çalışma izninin olmaması bu başlık altında yer verilen yetersizlik nedenleridir³⁴². Alman Federal İş Mahkemesi de öncelikle yetersiz iş görmenin derecesini ve gelecekte devam edip etmeyeceğini, işletme menfaatlerine ne seviyede zarar vermekte olduğunu ve feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde işçiyi işletmede farklı bir pozisyonda çalıştırmanın mümkün olup olmadığını aşamalı bir denetim kapsamında dikkate almaktadır³⁴³.

Avusturya hukukunda da yetersizliğin feshe sebebiyet vermesi, bir menfaatler karşılaştırması gerçekleştirildiğinde ve ancak işletmenin menfaatlerinin daha ağır olduğunun değerlendirildiğinde mümkün olarak görülmektedir³⁴⁴. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de yer verildiği üzere menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde işletmenin ekonomik menfaatleri ile işçinin sosyo-ekonomik menfaatleri fesih esnasında karşı karşıya gelmektedir.

³⁴¹ Topal, s. 43.

³⁴² Topal, s. 43.

³⁴³ Kabakçı, s. 165; Konuya ilişkin Alman yargısının kararları için bkz; NZA 1999, s. 978; NZA 1994, s. 67-68.

³⁴⁴ Kabakçı, s. 171; Alman hukukunda da benzer yönde bir değerlendirme için bkz; Jesgarzewski, s. 222.

İsveç hukukunda, işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebepler başlığı, Alman hukukunda bulunan kişisel nedenler başlığı altında yer alan nedenleri ve işçinin davranışlarını içeren bir yapıdadır³⁴⁵.

İspanyol hukukunda işçinin yetersizliğine ilişkin yasal düzenlemeler, işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenler başlığı altında incelenmektedir. Bu düzenlemelere göre, işin yürütümünde meydana gelen teknik değişikliklere uyum sağlanamaması, iş için gerekli olan mesleki yeterliliğe sahip olunmaması, uyuşturucu ya da alkol bağımlılığı, uzun süren ya sık sık tekrar eden nitelikte devamsızlık işçinin yetersizliği teşkil etmektedir³⁴⁶.

Fransız hukukunda da kişisel fesih nedenleri başlığı altında işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri ve işçinin kişilik özelliklerine dayalı nedenler yer almaktadır. İşçinin söz konusu nedenlerle feshinin gerçekleştirilmesi için nedenin gerçek ve ciddi olarak nitelendirilmesi gereklidir³⁴⁷. İşçiye dair kişisel nedenler Fransız İş Kanunu'nda spesifik olarak belirtilmemekle birlikte, içtihat hukukunda mesleki yetersizlik, görevleri tamamlayamama ve satış hedeflerine ulaşamamak gibi halleri içeren düşük iş performansı, cinsel taciz, işverenin işçiye olan güvenini kaybetmesi kişisel nedenlere örnek olarak gösterilmektedir³⁴⁸.

Çin Halk Cumhuriyeti hukukunda, İş Sözleşmesi Kanunu m. 40'da işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmek noktasında yetersiz kalması ve gerekli eğitimi alması ve farklı pozisyonlarda denenmesine rağmen herhangi bir gelişme göstermemesi fesih için yasal bir dayanak olarak düzenlemiştir. Görüldüğü üzere feshin son çare olması ilkesi yasal düzenlemede önemli bir işlev üstlenmektedir.

³⁴⁵ Topal, s. 44.

³⁴⁶ Topal, s. 44.

³⁴⁷ Topal, s. 45.

³⁴⁸ Xie, s. 96.

Ayrıca işverenin bu sebebe dayalı olarak işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce 30 gün süreli bir yazılı ihbar vermesi ya da bir aylık maaş tutarını işçiye ödenmesi gereklidir³⁴⁹.

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, Türk hukuk sistemi ve yabancı hukuk sistemlerinde yetersizliğe ilişkin düzenlemelerin çoğunlukla örtüştüğü görülmektedir. Yalnızca söz konusu düzenlemelerin kategorilendirilmesine ve yetersizlik teşkil eden durumların kanunda somut ya da genel bir şekilde düzenlenmesine ilişkin farklılıklar gözlemlenmektedir.

III. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN FESHİN İŞÇİNİN DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN FESİHLERDEN AYRIŞTIRILMASI

Yukarıda da belirtildiği üzere işçiden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri işçinin yetersizliğinden ve işçinin davranışlarından olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Her iki geçerli fesih nedeni de birbirine benzer bazı hususları içerdiği ve çoğunlukla örtüşebilir olduğu için, kavramların netleştirilmesi önem arz etmektedir³⁵⁰. Çünkü öğretilerdeki görüşler çerçevesinde işçinin yetersizliğine ya da davranışlarına dayanan fesihlerde dikkat edilmesi gerekli hususların değiştiği görülmektedir³⁵¹.

Bu görüşlerden birine göre, işçinin davranışları kaynaklı fesihlerde işçinin kusurlu olması aranırken, işçinin yetersizliği kaynaklı fesihlerde kusurun bir ön koşul niteliğinde olmamasıdır³⁵². Her ne kadar teorik olarak ayırım için belirli ölçütler tespit

³⁴⁹ Xie, s. 93.

³⁵⁰ **International Labour Office**: “Managing Underperformance (A Guide For Managers)”, s. 9, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@exrel/documents/instructionalmaterial/wcm_s_745727.pdf, E.T: 29.07.2021; Topal, s. 37.

³⁵¹ Rycroft, s. 429; Nitekim işçinin davranışlarından kaynaklı fesih öncesinde ihtar önemli bir şartken, işçinin sağlık sebeplerine dayalı yetersizliği öncesinde ihtarın bir etkisinin bulunmadığı düşüncesiyle ihtara ihtiyaç yoktur (Ertabak, s. 149).

³⁵² Süzek, s. 573; **Sarper Süzek**: “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 569-570; Kabakçı, s. 195.

etmek mümkün olsa da çok net bir ayrımın mevcut olmamasından ötürü her olayın kendi somut şartları içinde değerlendirilmesi gereklidir³⁵³.

Söz konusu geçerli fesih nedenlerini birbirinden ayırt etmek için öğretide kullanılan temel ölçüt işçinin fesih konusu geçerli fesih nedeni üzerinde kontrol ve yönlendirme yetisinin bulunup bulunmadığıdır³⁵⁴. Dolayısıyla işçinin iradesi bu ayrımın gerçekleştirilmesinde kritik önemi haizdir³⁵⁵. Bu görüşe göre işçinin davranışları sebebiyle geçerli feshe dayanak oluşturan ihlaller, işçi tarafından bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmektedir³⁵⁶. İşçi kendi iradesi ile bu ihlalleri engelleyebilecek nitelikte olsa da bilinçli bir şekilde bu ihlalleri gerçekleştirme yoluna gitmektedir. İşçinin iş görme edimini imkânı olmasına rağmen yerine getirmek istememesi işçinin davranışlarına dayalı bir feshe işaret ederken, istemesine rağmen yerine getirememesi işçinin yetersizliğine işaret etmektedir³⁵⁷. Kanaatimizce de işçinin yetersizliğine ilişkin geçerli nedenler işçinin özellikle aktif yönde bir davranışını ya da irade açıklamasını gerektirmemektedir.

Yukarıdaki görüşten biraz daha farklı nitelikte olarak yetersizlikten kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinde, işçinin bu yetersizliğin meydana gelişinde herhangi bir kusurunun bulunmadığı da ifade edilmektedir³⁵⁸. Yetersizlik işçinin iradesinden bağımsız bir şekilde mevcuttur³⁵⁹. İşçi yetersizlik halinde, aslında mesleğinin gereklerini yerine getirme istek ve iradesinde olmasına rağmen, bu konudaki eksikliği, yetersiz kalışı sebebiyle bunu başarma yolunda problem yaşamaktadır. Aşağıda

³⁵³ Rycroft, s. 429.

³⁵⁴ Köseoğlu, s. 102; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 331.

³⁵⁵ Köseoğlu, s. 104; **Mihan Hayrünisa Barca**: İşçinin Mesleki Yetersizliği (Performansı) Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE (2019), s. 165.

³⁵⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 332; Rycroft, s. 428; Köseoğlu, s. 104; ILO, Underperformance, s. 9.

³⁵⁷ Kabakçı, s. 26; Köseoğlu, s. 106; **Ünal Ertabak**: “Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü” (Hukuk Defteri 4), 2. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 148.

³⁵⁸ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 331-332; Tulukçu, s. 19; Barca, s. 165.

³⁵⁹ Köseoğlu, s. 106; Barca, s. 165; ILO, Underperformance, s. 9.

belirtilen Yargıtay kararı da her iki fesih nedeni arasında ayırım için işçinin iradesini temel alan görüş ile aynı doğrultudadır³⁶⁰.

“İşçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan fesih, sözleşmenin ifasında İşçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilememektedir. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin kabulü için, işçinin verim düşüklüğünün işçinin icra ettiği iş için gerekli olan fiziki veya fikri özellikleri haiz olmamasından kaynaklanmalıdır.

Buna karşılık, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özellikleri haiz ve mesleki bilgilerle donanımlı; yani mesleki yetenek ve uygunluk açısından aranan niteliklere sahip olan bir işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebidir.”

Yargıtay kararında, davranışa dayalı fesihlerde işçinin mesleki yeterlilik açısından bir sorununun olmadığı, ancak ihtarlara rağmen akde aykırı davranışını devam ettirdiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla ihlalin gerçekleştiği ya da yetersizliğin söz konusu olduğu zaman diliminde, işçi eğer arzu eder ve bu yönde hareket ederek ihlali önleyebilecek ya da ihlalden kaçınabilecek durumdaysa işçinin davranışına dayalı geçerli fesih nedenleri; bu yönde bir isteği, arzusu bulunmasına rağmen ne yaparsa yapsın görevin sorumluluklarını yerine getiremeyecek durumdaysa işçinin

³⁶⁰ Y9HD, T. 30.06.2008, E. 2007/27584, K. 2008/5327, www.lexpera.com.tr, E.T: 09.12.2021; Y9HD, T. 08.04.2008, E. 2007/27829, K. 2008/7831, Çalışma ve Toplum Dergisi(2008/4), S. 19, s. 398-402.

yetersizliğine dayalı geçerli fesih nedenleri söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla işçinin davranışlarına dayalı fesihlerde “kusur” unsurunun bulunduğu kabul edilebilir³⁶¹.

Yetersizliğe dayalı fesihlerde ise aşağıda belirtilen Yargıtay kararında olduğu üzere herhangi bir kusur şartı aranmamaktadır. İşçinin herhangi bir kusuru olmasa dahi, kendisinde bulunan yetersizlik hali geçerli nedenle fesih sebebi oluşturmaktadır³⁶²:

“Bununla birlikte işçinin yetersizliğinden doğan geçerli neden için kusur koşulunun zorunlu olmadığını, işçi kusursuz olsa dahi "iş yapma borcunu yerine getirme yetenek ve kapasitesindeki yetersizliğin" geçerli bir fesih nedeni sayılabileceğini vurgulamak gerekir.”

Kanaatimce yetersizlik ve davranışlara dayalı geçerli fesih nedenlerini yalnızca yukarıda ifade edilen ölçütler üzerinden ayırt etmek her zaman doğru sonuca ulaşmamızı sağlayacak bir nitelik taşımamaktadırlar. Bu noktada işçinin yetersizliğine ilişkin durumun, zaman içerisinde işçinin iradesi ve kusuru çerçevesinde meydana gelme ihtimali de göz ardı edilmemelidir. İşçi yetersizlik haline kendi kusuru neticesinde de varmış olabilir.

Ayrıca her iki fesih nedeni birbirinin sebep sonucu olabilecek, birbiriyle iç içe geçecek durumda olabilir. Bu noktada her olayın kendi somut koşulları içerisinde değerlendirilmesi gereklidir. Alman Federal İş Mahkemesinin 1997 tarihli bir kararında da bu iki nedenin birlikte olabileceği ifade edilmiştir³⁶³. Söz konusu karara konu olayda, öğretide de belirtildiği üzere treni idare eden işçinin özel hayatında aşırı

³⁶¹ Süzek, s. 573; Kabakcı, s. 28.

³⁶² Süzek, Yetersizlik, s. 570; Bu yönde yargı kararı için bkz; Y9HD, T. 15.12.2008, E. 2008/8488, K. 2008/33641, www.legalbank.net, E.T: 09.06.2021.

³⁶³ BAG, 4.6.1997, 2 AZR 526/96, NJW 1998, s. 554, NZA 1997, s. 1281.

alkol kullanımını ve bu nedenle önemli bir tren kazasına sebebiyet vermesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi tartışılmıştır³⁶⁴.

Alman öğretisinde her iki fesih nedeni üzerinde tartışılan bir diğer husus ise, hangi fesih nedeninin genel nitelikli olduğudur. Öğretideki bir görüşe göre işçinin yetersizliğine dair geçerli bir nedenin tespit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde daha genel nitelikte olan işçinin davranışları nedeniyle geçerli feshe göre hukuki denetim gerçekleştirilmelidir³⁶⁵.

Öğretideki diğer bir görüş ise yetersizliğe dayalı fesih nedenlerinin daha genel nitelikte olduğu yönündedir³⁶⁶. Bu görüşün dayanağı ise davranış kaynaklı geçerli nedenle feshin yetersizliğe dayalı geçerli nedenle fesihten farklı olarak kusur şartını zorunlu bir şekilde içermesidir³⁶⁷. Bu yönüyle davranış kaynaklı geçerli nedenle feshin özel nitelikli bir fesih olduğu, işçinin kusurunun ortaya konulması halinde davranış kaynaklı geçerli fesih nedeninin söz konusu olacağı ifade edilmektedir³⁶⁸.

Kanaatimce de işçinin yetersizliğine dayalı fesih davranış kaynaklı fesih nedenine göre genel niteliktedir. Bunun sebebi de, işçinin davranışlarıyla neden olduğu akde aykırı durumun da işin gerektiği gibi yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik durumuna işaret etmesidir. Her ne kadar işçinin yetersizliğine ilişkin doğrudan bir olgu bulunmasa da işçi davranışlarıyla işin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmekte yetersiz kalmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kusur kavramına dayanılarak kusur olduğu hallerde işçinin davranışlarından kaynaklı fesih, kusur olmadığı hallerde işçinin yetersizliğine dayalı fesih olduğu şeklinde bir ayırım

³⁶⁴ Baysal, s. 43.

³⁶⁵ Bu konudaki görüşler için bkz; Baysal, s. 44.

³⁶⁶ Köseoğlu, s. 110.

³⁶⁷ Baysal, s. 44; Köseoğlu, s. 110.

³⁶⁸ Baysal, s. 44.

yapılabileceği görüşüne katılmamaktayım³⁶⁹. Nitekim işçinin yetersizliğine ilişkin durumun da işçinin kötü alışkanlıkları, düzensiz yaşayışı gibi olgulara dayanan kusuru nedeniyle meydana gelmesi mümkündür.

Ş4. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDEN OLUŞTURABİLECEK HALLER

I. YETERSİZLİK KAYNAKLI GEÇERLİ FESİH NEDENLERİNİN TÜRLERİ

İşçinin yetersizliği kavramı yukarıda da belirtildiği üzere mevzuatta tanımlanmamış, çoğunlukla öğreti ve uygulamanın bu konudaki çalışmalarına ve yönlendirmesine ihtiyaç duyulmuştur. Her ne kadar yetersizlik oluşturabilecek bazı haller, örnek niteliğinde İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde sayılmış olsa da, belirtildiği üzere bu sayım tahdidi nitelikte değildir³⁷⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kuruma özgü çalışma prensipleri ve objektif nitelikteki performans ölçüm kriterleriyle belirlenen bazı beklentilerin karşılanamaması halinde yetersizliğe dayalı geçerli feshin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir³⁷¹.

³⁶⁹ Aynı yönde bkz; Süzek, s. 573.

³⁷⁰ Süzek, s. 573; Sümer, İş Hukuku, s. 118; **Dilek Dulay Yangın**: “Karar İncelemesi İş Sözleşmesinin İş Kanunu md. 25/1, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli Midir?”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2017), Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel sayı, s. 2042; Bu yönde yargı kararı için bkz; “4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden 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 halleridir.” Y9HD, T. 01.12.2009, E. 2009/8399, K. 2009/32595, Çalışma ve Toplum Dergisi (2010/2), S. 25, s. 488-491.

³⁷¹ Y9HD, T. 18.3.2008, E. 2007/27584, K. 2008/5327, www.legalbank.net, E.T: 10.06.2021.

İşçinin yetersizliğine dayanan geçerli fesih nedenlerini, fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik şeklinde kategorize etmek mümkündür³⁷².

II. İŞÇİNİN FİZİKİ YETERSİZLİĞİ

İşçinin fiziki yetersizliği, işçinin bedeninde sözleşmenin başından itibaren mevcut olan ya da zamanla meydana gelen bazı eksiklik ya da kusurlardan dolayı iş sözleşmesinin gerektirdiği yükümlülüklerin yerine getirilememesi durumunu ifade eder. İşçide, hastalık ya da kaza sebeplerine bağlı olarak meydana gelen çalışma gücü eksikliği şeklinde de ifade edilebilir³⁷³. Bir Yargıtay kararına da konu olduğu üzere, işçinin o işi yürütmek için gerekli fiziki şartları karşılayamaması da fiziki yetersizliği ifade etmektedir. Söz konusu karara göre kabin görevlisi olarak çalışmakta olan işçinin kilosunun iş için öngörülen standartların çok üzerine çıkması geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir³⁷⁴.

³⁷² Süzek, s. 573; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 34; Tulukçu, s. 20; **Emine Esra Uysal İbat**: “Feshin Geçersizliği ve İşçilik Alacakları”, 1. Bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 6; Ertekin, s. 606; Dulay Yangın, Karar, s. 2042; Sarı, s. 145.

³⁷³ Süzek, s. 574; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 342; Şen, s. 389.

³⁷⁴ “Somut olayda davacının kilosu belirtilen üst sınırdan yüksek olduğu, verilen altı aylık sürede normal kilo sınırlarına ulaşamadığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kabin görevlisi olan davacının bu görev için işyerine girerken aranan şartları sonradan yitirmesi durumunda, işverenin yeniden bu şartın sağlanmasını istemesi sözleşmeye aykırı bir durum değildir. Davacı işyerinde geçerli olan düzenlemeye göre uçuş özelliklerini hangi durumda yitireceğini de bilmektedir. Bu durumda fazla kilo olarak kabin görevlisi olma özelliğini yitiren davacının yeniden uygun kiloya gelmesine engel sağlık sorunu olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Bu konuda davalı işverenin anlaşmalı olduğu sağlık kuruluşundan itiraz halinde, mahkemece belirlenecek tam teşekküllü devlet hastanesi veya üniversitelerin tıp fakültelerinin ilgili anabilim dallarında görev yapan öğretim görevlilerinden oluşan heyetten alınacak raporla davacının fazla kilosunu verememesi iradesi dışında bir sebebe dayanmakta ise ancak bu durumda davacının yer hizmetlerinde görevlendirilip görevlendirilemeyeceği konusunda bilirkişiden rapor alınarak değerlendirme yapılabileceği, davacının fazla kiloyu verememesinde gayri iradi bir durumun bulunmadığının anlaşılması halinde ise davacının yer hizmetlerine geçirilmeye ilişkin diğer koşulların da bulunup bulunmamasına göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı konusunda bir karar verilmelidir.” Y22HD, T. 25.09.2012, E. 2012/11598, K. 2012/19726, www.legalbank.net, E.T: 13.06.2021; Kanaatimce fiziki görünümün kurumsal bir imaj çerçevesinde şirket tarafından arandığı ve bu durumun işe başlangıç aşamasında işçiye açık bir şekilde bildirildiği hallerde, bu yönde bir feshi geçerli kabul etmek mümkündür. Ancak feshin son çare olması ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılmalı ve işçinin başka bir pozisyonda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı hususu da gözden geçirilmelidir.

Bu yetersizlik, tek başına bir geçerli fesih nedeni oluşturmayıp, yetersizliğin işyerinin işleyişine olumsuz tesirde bulunmasını ve işin gerektirdiği yükümlülüklerin işçi tarafından karşılanamamasını gerektirir³⁷⁵. İşyerinde yaşanan olumsuzluklar değerlendirilirken, bu olumsuzlukları engellemek ve düzeltmek için harcanan çaba ve maliyeti de göz önüne almak gerekir. İşçinin fiziki yetersizliğini işçinin hastalığı ve işçinin yaşlılığı şeklinde incelemek mümkündür³⁷⁶.

A. İŞÇİNİN HASTALIĞI

1. Genel Olarak

İşçinin yetersizliği açısından bir inceleme yapıldığında, mahkeme kararlarına en fazla konu olan hususlardan birisinin işçinin hastalığı olduğu görülmektedir. İş Kanunu m. 18 gerekçesinde de, “sık sık hastalanma” ve “çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık” bu duruma örnek olarak gösterilmektedir.

Hastalık TDK tarafından “*Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık*” şeklinde tanımlanmaktadır. Kişinin bedeni ve ruhi açıdan iyi olmaması, sorunlarının olması şeklinde de tanımlanmıştır³⁷⁷. İş hukuku açısından hastalık kavramı ile tıp açısından hastalık

³⁷⁵ Süzek, Yetersizlik, s. 570; Köseoğlu, s. 99; Ertabak, s. 148; **Şule Uluç**: “İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2009), C.6, S.22, s. 622.

³⁷⁶ Sümer: “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Aralık 2007), S. 8, s. 70; Köme, s. 109; Yargıtay’ın bir kararında “davacının sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında, iş görme ediminden davalı işverenin yararlanamadığı ve sonuç olarak işyerinde olumsuzlukların yaşandığı sabittir. 4857 sayılı Yasa’nın 18. maddesi uyarınca davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler mevcuttur.” şeklinde bir niteleme ile işçinin sık sık rapor alması işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden olarak ifade edilse de kanaatimizce bu durum işçinin hastalığına ve yetersizliğine ilişkin bir olgudur (Y9HD, T. 09.04.2007, E. 2006/35881, K. 2007/9896, www.legalbank.net, E.T: 10.06.2021).

³⁷⁷ Tulukçu, İş Güvencesi, s. 170; Tulukçu, s. 20.

kavramı ise birbirinden farklı niteliktedir. İş hukuku açısından bir değerlendirme yapıldığında, hastalık ancak işin görülmesine yönelik olumsuz bir etkide bulunuyorsa geçerli neden olarak kabul edilmektedir³⁷⁸. Bu noktada hastalığın kendisinden ya da nasıl ortaya çıktığından ziyade, hastalığın iş görme borcu üzerindeki etkisi dikkate alınmaktadır³⁷⁹.

İş görme borcunun üzerinde herhangi bir etki meydana getirmeyen hastalık sebebiyle iş sözleşmesinin feshi hukuka uygun bir sebep teşkil etmemektedir. Feshin geçerliliği için hastalık işletmenin çıkarlarına olumsuz bir etkide bulunmalıdır³⁸⁰. İş hukukunda hastalık, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden teşkil edebileceği gibi haklı neden de teşkil edebilmektedir.

İş Kanunu m. 25/I'de "Sağlık sebepleri" başlığında belirtilen "*İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi*" ve "*İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca saptanması*" halleri işveren açısından işçinin iş sözleşmesinin feshi için haklı neden teşkil etmektedir. Bu düzenlemelerin haricinde, aynı fıkranın devamında yer alan "*(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşması*" durumu da haklı fesih nedeni niteliğindedir.

³⁷⁸ **Barry Cushway:** The Employer's Handbook An Essential Guide to Employment Law, Personnel Policies & Procedures, Kogan Page, United Kingdom 2002, s. 250; Senyen Kaplan, s. 287; Tulukçu, İş Güvencesi, s. 171.

³⁷⁹ Kabakcı, s. 162.

³⁸⁰ Jesgarzewski, s. 224.

Çalışmamızda daha önce de ifade edildiği üzere, haklı fesih nedenleri iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren tarafından artık beklenemeyeceği, güven temelini çöktüğü hallerdir. Geçerli neden ise haklı neden ağırlığında ve yoğunluğunda bulunmayan nedenleri ifade etmektedir³⁸¹.

Hastalığın fesih açısından geçerli bir neden teşkil edip etmediği noktasında incelenmesi gerekli hususlardan birisi, İş Kanunu m. 25'te öngörülen sürelerle ulaşmayan devamsızlıkların hangi hallerde geçerli neden teşkil edeceğidir. Öğretideki bir görüşe göre, bir sağlık sebebinin geçerli neden sayılabilmesi için İş Kanunu m. 25 kapsamında değinilmeyen bir husus olması gerekmektedir³⁸². Nitekim bu husus İş Kanunu gerekçesinde de “*işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerinde işlin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir*” şeklinde ifade edilmiştir.

İş Kanunu m. 18/3'te ise “*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*” durumunun geçerli neden oluşturmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Öğretide bu konuda farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre, İş Kanunu m. 18'in açık düzenlemesi karşısında, süreli fesih hakkının kullanılabilmesi için de öngörülen sürenin doldurulması gereklidir³⁸³. Bu görüşe göre İş Kanunu m.18/3'te atıf yapılan m. 25/1'de yer alan sürenin doldurulması geçerli nedenle fesih için bir gereklilik olup, ayrıca başka şartların da tamamlanması gereklidir. Bu şartlar da, işçinin söz konusu süreler geçtikten sonra işçinin yeterliliğini

³⁸¹ Süzek, s. 691; Sümer, Sağlık, s. 69.

³⁸² Sümer, Sağlık, s. 69.

³⁸³ Süzek, s. 574; **Mustafa Kılıçoğlu / Kemal Şenocak**: İş Kanunu Şerhi, Legal Yayıncılık, 3. Bs, Ankara 2013, s. 361.

yani gereken çalışma gücünü kazanamamış olması ve bu çalışma gücüne yakın zamanda erişemeyeceğinin kuvvetle muhtemel oluşudur³⁸⁴.

Diğer bir görüş de hastalık kaynaklı devamsızlık süresinin haklı neden ve geçerli neden açısından farklı olması gerektiğini, İş Kanunu m. 25/1 kapsamında bildirim süresi artı altı haftanın tamamlanmasından sonra haklı fesih imkânının kullanılabilceğini ve geçerli fesih için daha kısa bir sürenin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁸⁵. Söz konusu görüşle aynı yöndeki diğer bir açıklamaya göre, bu sürenin Alman hukukunda olduğu gibi altı hafta olarak belirlenmesi yerinde olacaktır³⁸⁶.

Diğer bir görüş ise İş Kanunu m. 25/1’de sayılan hallerin dışında kalan ve herhangi bir kusuru olmamasına rağmen objektif bir şekilde işçinin işi sürdürmesini engelleyen ve işçiden kaynaklanan hallerin geçerli fesih nedeni oluşturduğunu ifade etmektedir³⁸⁷. Dolayısıyla mezkûr maddede öngörülen süreye ulaşmayan ancak işyerinde olumsuzluklara yol açan devamsızlık da bir geçerli nedendir³⁸⁸.

Kanaatimizce de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere hastalık kaynaklı nedenlerin geçerli fesih nedeni teşkil etmesi için İş Kanunu m. 25/1’de ifade edilen bildirim süresi artı altı hafta şeklindeki sürenin aranmaması gereklidir³⁸⁹. Nitekim geçerli nedenlerin haklı nedenlerden temel farkı, haklı neden kadar ağır ve yoğun olmamalarıdır. Haklı neden için geçerli olan şartın, geçerli neden için de aranması mantık çerçevesinde uygun değildir. Geçerli nedenler açısından doldurulması gerekli süre olarak, işyerinde olumsuzluklara yol açan ve somut olayın özelliğine göre hâkim

³⁸⁴ Kılıçoğlu/Şenocak, s. 362.

³⁸⁵ **Münir Ekonomi:** “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi (Mart 2003), C. 17, S. 4, s. 9.

³⁸⁶ Laçiner, s. 152.

³⁸⁷ **Devrim Ulucan:** İş Güvencesi, 2. Bs, İstanbul 2003, s. 48.

³⁸⁸ Caniklioğlu, s. 86; Tulukçu, İş Güvencesi, s. 173.

³⁸⁹ Sümer, Sağlık, s. 71.

tarafından belirlenecek objektif bir ölçütün benimsenmesi yerinde olacaktır. Ancak bu konuda İş Kanunu m. 18/3'te yer alan düzenlemenin lafzı karşısında bu yönde bir yoruma gidilmesi olanaklı görünmemektedir³⁹⁰.

Dolayısıyla mevcut düzenlemelerimiz uyarınca haklı fesih için öngörülen süre, geçerli fesih açısından da geçerlidir³⁹¹. Düzenleme iş hukuku mevzuatında düzenlenen iş güvencesi sistemiyle tam olarak bir uyum içinde olmasa da maddenin lafzı yorum yapmaya müsaade etmemektedir. Bu doğrultuda işverenin bu süreler geçmeden geçerli ya da haklı nedene dayalı fesih yoluna başvurmasının uygun olmayacağı değerlendirilmektedir³⁹².

2. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Fesih Nedeni Olarak Hastalık

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, Alman hukukunda, hastalığın fesih esnasında sosyal yönden geçerli bir neden teşkil edebilmesi için sıkı kriterler belirlenmiştir. Buna göre hastalık; uzun süreli iş göremezliğe yol açması, kısa süreli ancak sık sık tekrar eden bir hastalanma olması, işçinin işi icra yeteneğini yitirmesine ya da verimliliğinin bu sebeple azalmasına sebep olması ve tüm bu hallerin işveren açısından artık katlanılması mümkün olmayan bir yük oluşturması halinde sosyal açıdan haklı bir fesih teşkil edecektir³⁹³. Bu noktada Alman hukukunda fesih esnasındaki objektif olguların sağlık sorununun gelecekte de devam edeceği yönünde bir olumsuz öngörüye sebep olması, bu durumun işletme ekonomisi açısından

³⁹⁰ Süzek, Yetersizlik, s. 570.

³⁹¹ Alpagut, İş Güvencesi, s. 92.

³⁹² Baysal, s. 5; Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde, hastalıktan kaynaklanan devamsızlığın geçerli sebep oluşturmayacağı yönündeki hüküm de göz önünde bulundurulmalıdır.

³⁹³ **Wolfgang Hromadka / Frank Maschmann:** Arbeitsrecht Band 1- Individualarbeitsrecht, Vierte Auflage, Springer, Heidelberg 2018, s. 397; Laçiner, s. 152.

katlanılmaz bir seviyeye gelmesi ve menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi şeklinde üç katmanlı bir test uygulanmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi de tüm bu süreçte uygulanan genel bir “şemsiye” ilke niteliğindedir³⁹⁴.

İngiliz hukukuna ait bir mahkeme kararında geçici nitelikte bir hastalığın feshe sebebiyle vermeyeceği, ancak işçinin işinin gereklerini yerine getirmek açısından kalıcı olarak yetersiz hale gelmesi halinde işverene fesih yönünde bir hak tanınabileceği ifade edilmiştir³⁹⁵. Avustralya hukukunda da Federal Endüstriyel İlişkiler Kanununda (1988) kaza ya da hastalık sebebiyle devamsızlığın geçerli neden (*valid reason*) teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir³⁹⁶. Birleşik Arap Emirlikleri hukukunda ise bir yıl içinde aralıklı ya da kesintisiz bir şekilde 90 günü aşan devamsızlıklar sonrasında işçinin işe başlamamasının fesih sebebi olduğu düzenlenmiştir³⁹⁷.

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, konunun Türk öğretisine benzer şekilde hastalığın iş görme borcuna etkisi üzerinden açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Özellikle Alman hukukunda uygulanan katmanlı test ve feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılan değerlendirme bu durumu yansıtmaktadır. Ayrıca, hastalığın süresine dair bazı somut sürelerin de belirlendiği yukarıda ifade edilen örnekler kapsamında görülmektedir. Kanaatimce de uyuşmazlığın kendi somut koşulları içerisinde değerlendirilmesi her ne kadar isabetli görünmekteyse de yol

³⁹⁴ Laçiner, s. 152.

³⁹⁵ Marrison vs Bell Case, 1939, **John Shilling**: “Illness During Employment”, South African Law Journal (1939), S. 56, s. 475.

³⁹⁶ Riekert, s. 260; Avustralya Federal Endüstriyel İlişkiler Kanunu’nun (Federal Industrial relations Act) 170DE(1) kısmında, geçerli bir neden bulunmasına rağmen feshin “katı, haksız ve mantıksız” (“harsh, unjust and unreasonable”) olarak değerlendirilmesi halinde hukuka aykırı bir fesih söz konusu olmaktadır. Burada geçerli neden üzerinden değil, ancak feshin sonuçları üzerinden genel bir değerlendirme gerçekleştirilmektedir.

³⁹⁷ **Simarata Randhawa**: “Termination In Case of Terminal Illness”, Court Uncourt (2020), C. 7, S. 5, s. 18.

gösterici nitelikte bazı sürelerin pozitif hukukta yer bulması uygulamaya fayda sağlayabilecektir.

B. SIK SIK HASTALANMA

İşçinin hastalığı nedeniyle devamsızlığının bir seferde İş Kanunu m. 25 kapsamında bir haklı feshi gerektirecek düzeyde devamsızlığa yol açmamakla birlikte, bunu sık sık tekrarlaması ve işyerinde işin görülmesine olumsuz tesirde bulunması geçerli bir fesih nedenidir³⁹⁸. İşverene bu yönde bir hakkın tanınmaması, gerek işverenin menfaatlerine gerekse işyerindeki çalışma düzenine olumsuz yansıtacaktır. Her ne kadar ilk başta işçinin korunmaya değer menfaatleri daha ağır nitelikte olsa da gelişen yeni durumlar çerçevesinde işverenin ve işyerinin menfaatlerinin daha ağır bir noktaya ulaşması halinde fesih müessesesi söz konusu olur³⁹⁹. Sık sık hastalanmanın geçerli neden oluşturması için aranan bazı şartlar bulunmaktadır.

Bu şartlardan birincisi, işçinin sık sık hastalanmasının devamsızlığa sebebiyet vermesi ve bu şekilde işyerinde gerek ekonomik gerekse organizasyonel açıdan sorunlar yaratmasıdır⁴⁰⁰. İş Kanunu m.18/3-f’te hastalık sebepli devamsızlığın geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı ifade edilmiş olsa da burada söz konusu olan yalnızca bir hastalık değil, birden çok hastalık halidir. Bu durum neticesinde işyerinde çalışma düzeni olumsuz etkilenmekte, işçiden işe dair sorumluluklarını yerine getirmesi suretiyle alınması beklenen verim alınamamaktadır⁴⁰¹.

³⁹⁸ Alpagut, İş Güvencesi, s. 92; Uysal İbat, s. 9; Baysal, s. 54.

³⁹⁹ “İşverenin iş ilişkisini sona erdirmek işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerin tartılmasında işverenin menfaatleri işçininkine oranla daha ağır basmalıdır. Bu hususta genel bir ölçü vermek mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılmalıdır.” Y9HD, T. 30.06.2008, E. 2008/1935, K. 2008/20014, www.legalbank.net, E.T: 13.06.2021.

⁴⁰⁰ Caniklioğlu, s. 74; Baysal, s. 55.

⁴⁰¹ Süzek, Yetersizlik, s. 571; Bu yönde yargı kararı için bkz; “Sık sık rapor alma halinde, işveren aralıklı da olsa işçinin iş görme ediminden faydalanamayacaktır. Sık sık hastalanan ve rapor alan işçinin, bu sebeple devamsızlığının işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık bir olgudur. İş Kanunu'nun

Sık sık hastalanma kavramında ifade edilen sıklığın ne seviyede olduğu yönünde mevzuatta herhangi bir somutlaştırma yapılmamıştır. Yargıtay kararında da belirtilen bu duruma göre, işçinin devamsızlığının işyerinde ne zaman olumsuzluk yarattığı, işçinin yürüttüğü işin niteliği ve işçinin işyeri organizasyonundaki pozisyonu, işyerinin büyüklüğü ya da küçüklüğü, devamsızlığın diğer işçilere yüklemiş olduğu ilave yük göz önüne alınarak her somut olay bazında ayrı bir değerlendirme gerçekleştirilmelidir⁴⁰². İşveren tarafından ayrıca bu devamsızlıkların belirli tatil günlerini takip edip etmediği ya da işyerindeki diğer işçilerin hastalık sebebiyle devamsızlık oranlarını aşp aşmadığı yönünde bir inceleme yapılması da mümkündür⁴⁰³. Alman öğretisinde işçinin bir yıl içinde çalışma süresinin ortalama % 14-25'i arasında devamsızlık göstermesi halinde sık sık hastalanmanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁴.

Söz konusu sıklık nedeniyle, işçi kendisinden beklenen ekonomik verimliliği yansıtamamaktadır⁴⁰⁵. Nitekim işçinin bu yöndeki her devamsızlığında işyerinde çalışma düzeninin olumsuz etkilenmesi mümkün olup, işçi de her işe yeniden başlangıç safhasında oryantasyon sorunları ile karşılaşabilecektir⁴⁰⁶. Böyle bir durumun işyerinde ekonomik olarak ortaya çıkaracağı olumsuzlukların yanı sıra, iş sağlığı ve güvenliği açısından karşılaşılabilecek olumsuzluklar da dikkate alınmalıdır.

gereğesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan neden olarak örnek kabilinden sayılması, işyerinde olumsuzluklara yol açtığı kabul edilmesindedir.” Y9HD, T. 08.11.2018, E. 2018/1756, K. 2018/19995, www.kazanci.com.tr, E.T: 11.06.2021.

⁴⁰² YİBBGK, T. 19.10.2018, E. 2017/9, K. 2018/10, www.kazanci.com.tr, E.T: 11.06.202; Aynı yönde bkz; **Tankut Centel**: İş Güvencesi, 2. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 72; Jesgarzewski, s. 224.

⁴⁰³ Cushway, s. 253.

⁴⁰⁴ **Nurşen Caniklioğlu**: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 189.

⁴⁰⁵ Centel, s. 72; Baysal, s. 55.

⁴⁰⁶ **Nicole Gürtzen / Karolin Hiesinger**: “Dismissal Protection and Long-term Sickness Absence – First Evidence from Germany”, Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 20-040, s. 5.

Bu hususu gerek sık sık devamsızlık gösteren işçi gerekse işçinin devamsızlığı sebebiyle üzerine daha fazla iş yükü yüklenen diğer işçiler açısından ele almak gereklidir. İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde ifade edilen “uyum güçlüğü” kavramı da bu yönde yaşanabilecek problemlere işaret etmektedir. Hatta Alman öğretisinde uzun süreli hastalıkların ardından işe dönüş esnasında işçi ve işveren arasında bir uyum sözleşmesi (reintegration) yapılabileceği ifade edilmektedir⁴⁰⁷.

Sık sık hastalanma sebebiyle gerçekleştirilecek fesihlerde yaşanan devamsızlıkların her devamsızlık bazında kısa ya da uzun süreli olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴⁰⁸. Burada dikkate alınması gereken esas husus, devamsızlıkların işyerindeki çalışma düzeninde yarattığı olumsuzluklardır. Kısa süreli olan ancak sık sık tekrar eden devamsızlıkların da işyerinde çalışma düzenini bozması muhtemeldir.

İşçinin sık sık hastalanmasının geçerli bir neden oluşturabilmesinin diğer bir şartı, çalışmamızda daha önce de ifade edildiği üzere olumsuz öngörü ilkesi (*negativprognose*) çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasıdır⁴⁰⁹. İşçinin hastalanması yalnızca tek seferlik bir olgudan ibaretse ya da işçi belirli bir zaman dilimi içinde birden çok kez hastalanmakla birlikte söz konusu sağlık problemlerinden kurtularak iyileştiyse bu durum geçerli fesih nedeni teşkil etmemektedir⁴¹⁰. Nitekim Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere işçinin yetersizliğine ilişkin bir durumun geçerli fesih nedeni teşkil etmesi için bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve

⁴⁰⁷ Görtzgen / Hiesinger, s. 7.

⁴⁰⁸ Caniklioğlu, s. 85.

⁴⁰⁹ Jesgarzewski, s. 224; **Oliver Heun-Lechner**: Kündigung Faires und Wertschätzendes Trennen, Springer Gabler, Graz 2020, s. 25; Centel, s. 72.

⁴¹⁰ **Esra Başkan**: İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima ratio) İlkesi, 1. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 71.

işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir⁴¹¹. Alman öğretisinde de feshin hukuka uygun olması için olumsuz bir sağlık öngörüsünün bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹².

Çalışmamızda daha önce de değinildiği gibi, olumsuz öngörüye dair verilerin feshin geçerliliği açısından değerlendirilmesi gerekli zaman dilimi, fesih bildiriminden işçiye ulaştığı andır. Fesih bildiriminden sonra işçinin rahatsızlığına dair sağlık koşullarının değişmesinin feshin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Nitekim olumsuz öngörü ilkesi, geçmişte yaşananlara dayanılarak fesih esnasında geleceğe yönelik bir tahminde bulunulmasıdır.

Sık sık hastalanma sürecinde, hastalıkların aynı ya da farklı hastalık olmasının bir önemi olmadığı değerlendirilmektedir. Hastalıkların belirli aralıklarla tekrar baş göstermesi, işçinin hastalanmaya yatkın olduğuna ve bu durumun gelecekte de devam edebileceğine dair olumsuz bir öngörü sunmaktadır⁴¹³.

Sağlığa dair bu olumsuz öngörünün feshi dayanak oluşturmasında Alman hukukunda üç aşamalı bir sistem benimsenmiştir. Buna göre ilk aşamada sağlığa dair olumsuz bir öngörü gerçekleşmelidir. İkinci aşamada ise benimsenebilecek makul tedbirlerle önlenemeyecek şekilde işletmenin menfaatlerinin önemli zarar gördüğünün ortaya konulması ve son olarak menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi kapsamında işverenin menfaatinin ağır bastığının tespiti gerekir⁴¹⁴.

Çalışmamızda daha önce de ifade edildiği üzere, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi safhasında söz konusu hastalığın işverenin gerekli iş sağlığı ve

⁴¹¹ Y9HD, T. 05.10.2017, E. 2016/24041, K. 2017/15069, www.legalbank.net, E.T: 11.06.2021; Caniklioğlu, s. 70.

⁴¹² Gürtzgen/Hiesinger, s. 7.

⁴¹³ Baysal, s. 58.

⁴¹⁴Kirchner/Magotsch/Kremp, s. 139; Caniklioğlu, s. 87; **Şükran Ertürk**: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Aralık 2002), C. 4, S. 2, s. 15.

güvenliği önlemlerini almamış olmasından ya da işyerindeki olumsuz çalışma düzeninden kaynaklanması halinde işçi lehine bir değerlendirme yapılmalıdır. Yargıtay'ın aşağıda yer verilen kararında bu hususlara değinilmektedir:

“İşçinin kabiliyet ve uygunluğunda azalmanın kaynağı bizzat (iş) ilişkisi ise, örneğin meslek hastalığına veya iş kazasına dayanıyorsa, bu hususlar işçi lehine dikkate alınmalıdır. Buna göre, işçinin hastalığı işyerinden kaynaklanmışsa, bu olgu işçi lehine dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, işçinin meslek hastalığının işverenin işyerinde gerekli koruma ve iş güvenliği tedbirleri almamasından kaynaklanması halinde, iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğinin incelenmesinde katı davranılmalıdır. İş kazasına işverenin ya da işçinin kusuru ile mi sebebiyet verildiği hususları da incelenmelidir. İşyerinde işe devamsızlık oranı da dikkate alınmalıdır⁴¹⁵.”

İşçinin iş sözleşmesinin feshine sık sık hastalanma sebebiyle başvurulması, her somut olay bazında ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme esnasında hastalık kaynaklı devamsızlıkların süresi ve tekrarlanma sıklığı göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹⁶. Bu yöndeki bir Yargıtay kararında⁴¹⁷ *“Davacının davalı işyerinde çalışırken çalıştığı dönem içerisinde toplam 368 gün rapor aldığı bu süre içerisinde 164 çalışma günü çalıştığı diğer sürelerde de izinli olduğu bu çalışma şekline göre kendisinden verim alınmasının mümkün olmadığı daha önceki tarihlerde bu konularda kendisinden savunmada istendiği davacının bu şekilde çalışmasını sürdürdüğü bu çalışma şeklinin geçerli fesih nedeni oluşturduğu anlaşıldığından davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü yerinde*

⁴¹⁵ Y9HD, T. 05.05.2008, E. 2007/35818, K. 2008/11433, www.legalbank.net, E.T: 13.06.2021

⁴¹⁶ Centel, s. 73; Baysal, s. 57.

⁴¹⁷ Y9HD, T. 28.04.2005, E. 2004/31892, K. 2005/14992, www.legalbank.net, E.T: 14.06.2021.

görülmendiğinden...” ifadelerine yer verilerek söz konusu devamsızlığın geçerli fesih teşkil ettiğine hükmedilmiştir.

Bir başka uyuşmazlıkta ise 01.04.2016 tarihinde kabin memuru olarak çalışmaya başladığı şirkette, 2016 yılında farklı tarihlerde toplam 15 gün hastalık mazereti ile işe gelmeyen ve 2 gün mazeretsiz devamsızlık yapan işçinin iş sözleşmesinin feshi; devamsızlığın işyerinde olumsuzluklar yaratması, iş arkadaşlarının çalışma programlarında değişiklik yapılmasına sebebiyet vermesi, yetersiz performans nedeniyle iş ilişkisini çekilmez hale getirmesi gerekçesiyle geçerli fesih olarak nitelendirilmiştir⁴¹⁸.

Diğer bir Yargıtay kararında ise işçinin işyerindeki kıdemi ve uzun bir süreç içerisinde kısa sayılabilecek devamsızlık süresi göz önüne alınarak, feshin geçersizliğine hükmedilmiştir:

“Dosya içeriğine göre; davacının işe başlarken sedef hastası olduğunun işverence zaten bilindiği, davacının son altı ayda aldığı belirtilen toplamı 36 gün olan sağlık raporlarının hangi hastalıklara ilişkin olduğuna dair dosyada raporların mevcut olmadığı, bu haliyle bilirkişi incelemesinde işçinin ne ölçüde çalışıp çalışamayacağını bilirkişi raporunda irdelenmediği ve bilirkişi raporunun denetime elverişli ve yeterince gerekçeli olmadığı, geçerli fesih nedeni kabul edilen davacının son 6 aylık süre içerisinde kesintili ve farklı tarihlerde olup toplamı 36 güne ulaşan sağlık raporlarının iş disiplinini ve verimliliğini bozacağı yönündeki gerekçenin işyerindeki kıdemi 14 yıl 5 ay gibi uzun bir süre olan davacının iş verimliliğini gerçekte hangi oranda etkilediğinin ve fesih gerekçesiyle uyumlu olup olmadığının, mevcut işinde veya başka işlerde çalışmaya engel teşkil edecek boyutta olup olmadığına,

⁴¹⁸ Y9HD, T. 18.12.2018, E. 2018/4511, K. 2018/23546, www.legalbank.net, E.T: 13.06.2021.

tedavi edilebilecek nitelikte olup olmadığının tedavi edilemeyecekse bile mevcut rahatsızlığıyla işyerinin başka bölümlerinde ve başka işlerde çalışmasına devam edip edemeyeceği hususunun gerekirse Uzman Heyet raporuyla belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile feshin geçersizliğine karar verilmiş olması isabetsiz olmuştur⁴¹⁹.”

Görüldüğü üzere sık sık hastalanma suretiyle işçinin devamsızlık göstermesi halinde, geçerli feshe ilişkin bir değerlendirme yapılırken birden fazla etkenin dikkate alınması gereklidir. Bu doğrultuda her uyuşmazlığın kendine has somut koşullarının hâkim tarafından takdir edilmesi mecburdur.

İşçinin iş sözleşmesinin başlangıcında mevcut olan ve işveren tarafından da bilinen rahatsızlığına rağmen işveren tarafından işe alınması halinde konu dikkat çekici bir hale gelmektedir. Nitekim böyle bir durumda sık sık hastalanmaya dayalı geçerli feshe başvurulmasının Medeni Kanun m. 2’ de yer alan dürüstlük ilkesiyle çelişebileceği değerlendirilmektedir. Ancak söz konusu rahatsızlık sebebiyle gerçekleşen devamsızlıkların, iş sözleşmesinin başlangıcında tahmin edilenden çok daha fazla bir seviyeye ulaşması halinde feshe başvurulmasının dürüstlük ilkesine aykırı bir davranış teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir⁴²⁰.

Sık sık hastalanmanın geçerli bir neden teşkil etmesinde göz önünde bulundurulması gerekli hususlardan birisi de söz konusu devamsızlıkların işyerinde çalışma düzenini korumak için belirli maliyetlere katlanan işveren üzerinde oluşturduğu yüküdür. Söz konusu yükün niceliksel açıdan bir ölçütünün ortaya konulamayacağı, her somut olay bazında hâkim tarafından takdir edilmesi gerektiği Alman hukukunda öne sürülmektedir⁴²¹. Ancak işverenin katlanabileceği yük

⁴¹⁹ Y7HD, T. 16.04.2014, E. 2014/4476, K. 2014/8449, www.kararara.com, E.T: 13.06.2021.

⁴²⁰ Baysal, s. 59.

⁴²¹ Baysal, s. 61.

açısından üst düzey yönetici pozisyonunda çalışan bir işçi ve alt düzeyde yalnızca fiziki gücüne dayalı olarak çalışan bir işçinin devamsızlığı sebebiyle yaratmış olduğu maliyetin kıyası farklı olmalıdır.

Bu noktada İş Kanunu m. 20 hükümleri gereğince feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükünün davalı işverene verilmiş olması doğrultusunda söz konusu maliyetin kendisi açısından katlanılmaz hale geldiğini ispatlama yükü işveren üzerindedir. Bu noktada *ultima ratio* ilkesi çerçevesinde işverenin feshe alternatif olarak hangi tedbirleri aldığı ve tüm tedbirlere rağmen feshin artık kaçınılmaz bir noktaya geldiğinin ortaya konulması gereklidir⁴²².

Yukarıda da ifade edildiği üzere işçinin sık sık hastalanmasının geçerli fesih nedeni teşkil etmesi için işyerindeki çalışma düzenine olumsuz tesir etmesi ve bunun önemli bir ölçüde olması gereklidir. Alman hukukunda bu konuda önemli ölçüde bulunduğu kabul edilebilmesi için, işçinin devamsızlığının işverence işyeri düzenine dair planlama yapma ihtimalini ortadan kaldırması gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle devamlılığın çok daha büyük önemi haiz olduğu, kişisel bir güven ilişkisinin kurulduğu pozisyonlarda yaşanacak devamsızlığın bu planlama imkânını zedelemesi daha muhtemeldir⁴²³. Bu duruma örnek olarak ilkökul çağı öğrencilerine sınıf öğretmenliği yapan bir öğretmeni göstermek mümkündür. Eğitim hayatlarının başlangıcında olan çocuklar için öğretmenleriyle kurdukları kişisel bağın önemi büyük olup, öğretmenin yaşadığı devamsızlıkların ve bu pozisyondaki değişikliklerin öğrenciler açısından faydalı olmayacağı düşünülmektedir.

⁴²² Aksi yönde görüşü savunan Centel'e göre sık sık hastalanma sebebiyle yaşanacak olan devamsızlığın işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vereceği kesin nitelikte olup işverenden ayrıca zararın ispat edilmesinin beklenmesi uygun değildir. Aksi yönde bir düşünüş işçinin işyerindeki varlık sebebiyle çelişir niteliktedir (Centel, s. 72). Kanaatimce işveren tarafından devamsızlıkların yaratığı etkinin izahının istenmesi, eksikliği kapatmak için alınan tedbirlerin ifade edilmesi feshin geçerliliği açısından fayda sağlayacaktır.

⁴²³ Baysal, s. 64-65.

C. İŞİN İFASINI DEVAMLILIK OLARAK ETKİLEYEN HASTALIK

1. Genel olarak

İş Kanunu m.18'in gerekçesinde belirtilen bu durum, işçinin çalışmaya devam ettiği ancak icra ettiği işin gereklerini yerine getirmesini engelleyen hastalıkları ifade etmektedir. Söz konusu hastalığın işçiyi çalışamaz hale getirmesi durumunda ise m. 25 kapsamında öngörülen haklı fesih söz konusu olmaktadır.

İşin ifasını olumsuz yönde ve devamlı nitelikte etkileyen bu hastalık işçinin işinin gerektirdiği performansı sergileyememesine sebep olmaktadır⁴²⁴. Bu eksikliğin ya da yetersizliğin tolere edilebilir bir seviyede olması halinde söz konusu hastalığın geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı düşünülmektedir. Devamlılık ifadesi ile kast edilen sürenin her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gereklidir⁴²⁵.

Devamlı nitelikte süren ve işçinin işin ifasını gereği gibi yapmasını engelleyen bir hastalık durumunda da taraflar arasındaki karşılıklı edim yükümlülüğü dengesi bozulmaktadır. Bu denge bozukluğunun belli bir seviyenin üzerine çıkması halinde işverenden söz konusu iş ilişkisine devam etmesi beklenemeyecektir⁴²⁶. Alman hukukunda da işçinin görme yetisinde azalma, hareket yetisinde kalıcı bozukluklar gibi süreklilik arz edebilecek sağlık problemlerinin geçerli fesih nedeni teşkil edebileceği ifade edilmektedir.

⁴²⁴ Centel, s. 71; Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı da bu kapsamda ele alınabilecektir. Kişinin işyerinde söz konusu maddeleri kullanımı haklı nedene dayalı feshi yol açabilir. Ancak kişinin bu maddeleri işyerinde kullanmadığı ya da bu maddelerin etkisi altında gelmediği hallerde de aynı bir hastalık gibi bağımlılığın etkisiyle iş görme borcunu gereği gibi yerine getirememesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla burada dikkate alınması gereken husus, işyeri dışındaki alkol ya da uyuşturucu madde kullanımının iş görme borcuna herhangi bir etkide bulunup bulunmadığıdır. Hastalık halinde de söz konusu olduğu üzere burada kişinin kendi davranışlarını yönlendirme yetisini kaybettiğinden bahisle davranışa dayalı bir fesih gündeme gelmemelidir. Bu anlamda bağımlılık da işçinin yetersizliğine dayalı bir fesih türüdür. Bu konuda görüşler için bkz; Hromadka/Maschmann, s. 397; **Sevde Bulun Tokkaş – Hakkı Mert Doğu**: İşçinin Alkol ve Uyuşturucu Madde Kullanımından Dolayı Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ocak 2016), C: 1, S: 1, s. 225-240.

⁴²⁵ Centel, s.71; Baysal, s. 67.

⁴²⁶ Süzek, s. 574; Baysal, s. 67.

Ancak işverenin feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçinin, sağlık durumu da gözetilerek daha verimli bir şekilde başka bir pozisyonda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı hususunu da göz önünde bulundurması gereklidir.

2. AIDS Hastalığı Özelinde Bir Değerlendirme

Bu başlık altında işçinin işinin ifasını devamlı olarak etkileyen bir hastalık özelinde AIDS değerlendirilecektir. AIDS (*Acquired Immune Deficiency Syndrome*) hastalığı ilk kez 1980'li yıllarda ortaya çıkmış olup, edinilmiş bağışıklık yetmezliği sendromu olarak tanımlanabilir. Söz konusu sendrom kişinin özel hayatında olduğu kadar sosyal yaşantısında ve çalışma hayatında büyük etkilere yol açmaktadır. AIDS her ne kadar bulaşıcı bir hastalık olsa da söz konusu sendromun bulaşma yollarının irdelenmesi iş ilişkisi açısından önem taşımaktadır. AIDS hastalığının bulaşma yolları cinsel ilişki, kan ve kan ürünlerinin nakli ve hamilelik esnasında anneden bebeğe şeklinde olabilmektedir⁴²⁷. Ancak söz konusu hastalığın el sıkışma, kucaklaşma ya da hava yoluyla bulaşma gibi bir durumu yoktur.

AIDS hastalığının sosyal hayatta bulaşma ihtimali oldukça düşük olmasına rağmen, toplumun çoğunda bu sendroma sahip olduğu bilinen kişilerle birlikte çalışma hususunda tedirginlik bulunmaktadır⁴²⁸. Söz konusu tedirginlik nedeniyle işyerinde çalışan diğer işçilerin AIDS enfeksiyonlu işçinin kovulması yönünde baskı yapması baskı feshini gündeme getirmekte olup⁴²⁹, çalışmamızın ilerleyen safhalarında bu konuya değinilecektir.

⁴²⁷ Ertürk, s. 1-8.

⁴²⁸ Ertürk, s. 8.

⁴²⁹ Hromadka/Maschmann, s. 397; **Kurt Parli**: "Different Ways to Fight Against Unfair Dismissal on the Grounds of HIV/AIDS Status", *European Labour Law Journal* 6 (2015), No. 4, s. 374.

AIDS, HIV (*Human Immunodeficiency Virus - İnsan Bağışıklık Yetmezlik Virüsü*) enfeksiyonunun ileri bir safhası olup, kişinin işini gereği gibi yapmasını engelleyecek bir noktaya varmadığı ve başka bir kişiye bulaşma ihtimalinin yüksek olduğu değerlendirilen bir işyeri olmadığı sürece yetersizliğe dayalı bir geçerli neden söz konusu olmamalıdır⁴³⁰. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olayda da uyuşmazlık feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde incelenmiştir. Kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

“Gerçekten kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebildiği işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin - küçük bir ihtimal de olsa- ciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusunda endişe duyarak hareket ettiği, bunun da meşru bir amaç olduğu kabul edilmelidir.

97. Olayda, işverenin diğer çalışanlarını korumak ve belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin devamından elde edeceği faydalar ile başvurusunun özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakları arasında bir çatışma söz konusudur. Bu nedenle yargı makamlarınca işverenin çıkarları ile iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan ve ek olarak HIV pozitif olması nedeniyle de toplumun zayıf grubu içinde bulunan işçinin çıkarlarının korunması noktasında titiz bir şekilde dengeleme yapılmalıdır.

98. İşveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin sağlık durumuna bağlı olarak sona erdirilmesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceği -her somut olayın koşullarına göre- işçinin hastalığının mahiyeti, hastalığın işe devam,

⁴³⁰ Devrim Ulucan: İş Güvencesi, 2.Bs, İstanbul 2003, s. 32; Ertürk, s. 10; Benzer yönde bkz; Yıldız, Eşit İşlem, s. 165.

çalışma koşulları, performans ve verimlilik üzerindeki etkileri, diğer çalışanlar yönünden tehlike arz edip etmediği, bu tehlikenin önüne geçilmesi için alınabilecek önlemler gibi unsurlar yönünden değerlendirilmelidir.

99. Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın "bulaşıcı" olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümüün başvurusunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir. Ancak söz konusu kararlarda işverenin, iş yerinde başvurusunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânları hakkında değerlendirme yapması yükümlülüğü olup olmadığı ele alınmamıştır. Oysa tanık beyanlarına göre gerek iş yeri hekiminin işverene başvurusunun bir başka işte çalıştırılması tavsiyesinde bulunduğu gerekse personel ve mali işler müdürünün dış görev olarak bayi ziyareti işinin verilmesinden söz ettiği, Mahkemece atanan bilirkişinin raporunda da işverenin yapması gerekenin davacı işçinin hastalığı nedeniyle risk taşımayan bir başka işe verilmesi olduğunun belirtildiği görülmektedir. Ancak işveren tarafından işyerinde bu şekilde bir başka görev olup olmadığı, varsa başvurusunun niteliklerinin söz konusu görev bakımından yeterli olup olmadığı gibi hususlarda hiçbir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır⁴³¹."

Kararda ifade edilenlerle benzer yönde hastane gibi işyeri ortamları, söz konusu bulaşma riskinin mevcut olduğu yerler olarak değerlendirildiği için geçerli neden söz

⁴³¹ AYM, T.A.A Kararı, T. 01.02.2017, B. No:2014/19081, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19081>, E.T: 15.12.2021.

konusu olabilecektir. Ancak feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde işçinin farklı pozisyonlarda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı göz önünde tutulmalı, tarafların çıkarları arasında bir denge kurulmalıdır.

AIDS hastalığının işçinin sık sık hastalanmasına sebebiyet vermesi ve bu sürecin de işyerinde devamsızlığa yol açması durumunda geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir⁴³². AIDS hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun İş Kanun m. 25 uyarında Sağlık Kurulu raporu ile ortaya konulması halinde ise işveren açısından haklı nedenle fesih söz konusu olacaktır.

Alman hukukunda da AIDS enfeksiyonu bir fesih sebebi oluşturmamakla birlikte, bulaşma ihtimalinin muhtemel olduğu bir işyeri olması, hijyene dair tüm tedbirlerin alınmasına rağmen bu ihtimalin halen mevcut olması ve kişinin başka bir yerde çalışma imkânının bulunmaması halinde hastalığın fesih açısından geçerli bir neden teşkil edebileceği ifade edilmektedir⁴³³.

D. İŞÇİNİN YAŞLILIĞI

1. Yaşlılığın Yetersizlik Olarak Nitelendirilebilirliği

İşçinin fiziki yetersizliği noktasında ele alınması gereken bir diğer husus da yaşın ilerlemesi neticesinde bedeni olarak yaşayabileceği gerilemedir. Türk hukukunda işçilerin azami çalışma yaşı çerçevesinde herhangi bir sınır bulunmadığı gibi, işçinin belli bir yaşa gelmesi ya da emeklilik hakkı kazanması da fesih için geçerli bir neden

⁴³³ Hromadka/Maschmann, s. 397; Parli, s. 379; Ertürk, s. 18.

teşkil etmez⁴³⁴. Nitekim belli bir yaşın doldurulması iş sözleşmelerini belirli süreli bir hale getirmediği gibi, bozucu şarta bağlı bir sözleşmeye de dönüştürmemektedir⁴³⁵. Hatta günümüzde emekli olan kişilerin tabi oldukları yasal mevzuat izin verdiği ölçüde destek primi ödemek suretiyle çalışmaya devam etmeleri de söz konusudur⁴³⁶.

Herhangi bir kişiye ya da gruba yaşları esas alınarak ayrımcı tutum ve davranışlarda bulunulması ulusal ve uluslararası çeşitli hukuki düzenlemeler ile yasaklanmıştır. İş İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 166 sayılı Tavsiyesinin 5'inci maddesinde, yaş kriterinin iç hukukta emekliliğe ilişkin yasal düzenlemeler ve uygulamalar saklı kalmak kaydıyla geçerli neden teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir⁴³⁷. Ayrıca Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı "İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktifi"nde⁴³⁸ yaşa dayalı olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır⁴³⁹.

Benzer şekilde ulusal mevzuat incelendiğinde, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 3/2'de söz konusu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak

⁴³⁴ Süzek, s. 574; Süzek, Yetersizlik, s. 572; Tulukçu, s. 22; **Seracettin Göktaş**: "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", Ankara Barosu Dergisi (Kış 2008), S:1, s. 39; Ekonomi, s. 9; **Mustafa Alp**: "Otuz Hizmet Yılı Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?", Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (2006), S.2, s. 157; Ekonomi, Emeklilik, s. 131; Uysal İbat, s. 10; **Fevzi Şahlanan**: "Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi - Geçerli Neden (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Hukuk Eki (Ekim 2013), S. 394, s. 3; **Canan Ünal**: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, 1. Bs, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 354.

⁴³⁵ Ünal, s. 332; Alp, Emeklilik, s. 145.

⁴³⁶ **Erol Akı**: "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak "Emeklilik"", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007), Cilt: 9, Özel Sayı, s. 5.

⁴³⁷ **Münir Ekonomi**: "Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi", Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (2006), S. 2, s. 132.

⁴³⁸ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing A General Framework For Equal Treatment In Employment And Occupation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>, E.T: 17.12.2021.

⁴³⁹ **Dilek Baybora**: "Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine", Çalışma ve Toplum Dergisi (2010), S. 24, s. 62.

olduđu ihdas edilmiřtir. Nitekim İř Kanunu m. 5/1’de de iř iliřkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal dūřünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacađı dūzenlenmiř olup, yař unsuru da benzeri sebepler çerçevesinde deđerlendirilebilecektir⁴⁴⁰.

Bununla birlikte, İş Kanunu m. 18’in gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek olarak işyerinden kaynaklanan fesihlerde bir kriter olarak yaşın kullanılabileceği ifade edilmektedir. Yaş ve emekliliğe hak kazanmanın, işten çıkarmalar esnasında işletme tarafından bir kriter olarak belirlenmişe geçerli fesih nedeni olabileceği öğretide de kabul edilmektedir⁴⁴¹.

İř Kanunu m. 18’in gerekçesinde bulunan yetersizliğe ilişkin açıklamalarda somut bir şekilde yer verilme de işçinin yaşlılığı performans ve verim dūřüklüđüne sebebiyet verebilmektedir. Yařlanma doğrudan geğerli fesih nedeni teşkil etmemekle birlikte, yaşlılığın etkisi kişiden kişiye değişmekte ve bazılarında performans ve verim dūřüklüđü yaşanması oldukça muhtemel bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴².

İş hukuku mevzuatında İş Kanunu m. 18’in gerekçesi haricinde salt yaşlanma ya da emekliliğin fesih için geçerli neden teşkil edebileceğine dair herhangi bir husus yer almamakta olup, ifade edildiği üzere bunların tek başına geçerli neden olması da söz konusu deđerdir⁴⁴³. Ancak yaşlanmanın ya da emekliliği hak edecek belli bir yaşa

⁴⁴⁰ Öđretide Yıldız benzer görüşü savunmakta olup, “yař” unsurunun Kanun kapsamında ayrıca dūzenlenmesinin gerektiğini ifade etmektedir (Yıldız, Eřit İşlem, s. 156).

⁴⁴¹ Akı, s. 10; Baysal, s. 130; Ünal, s. 333.

⁴⁴² Sūzek, s. 575; řahlanan, s. 4; Akı, s. 6; Ekonomi, Emeklilik, s. 134.

⁴⁴³ “Kiřinin emeklilik yaşına gelmesi ve emekliliği hak etmesi, aslında belirli yař olgusu nedeni ile fiziki yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Salt emekliliğe hak kazanma veya belirli bir yařa gelme fesih nedeni yapılamaz. Yasanın gerekçesinde işletme, işyeri ve iřin gerekleri ile birlikte emekliliğin geğerli neden olarak dikkate alınacağı açıklanmıştır. Ancak Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre Personel Yönetmeliđinde veya Toplu İř Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iř sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin dūzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geğerlidir. Bařka bir anlatımla emekliliği veya belli bir yařa gelenlerin iř sözleşmelerinin feshedileceğine dair önceden belirlenen kural, objektif ve genel olarak uygulandığı takdirde, salt bu nedenle iř sözleşmesinin feshi geğerli neden olarak kabul edilmelidir.” Y9HD, T. 11.10.2017, E. 2017/23179, K. 2017/15433, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021; Aynı yönde bkz; Y9HD, T.

gelmenin işçinin performansında bir düşüklüğe yol açtığı, dikkat seviyesini azalttığı, işin ve işyerinin işleyişinde olumsuz etki yarattığı ortaya konulabilirse fesih için geçerli neden söz konusu olabilir⁴⁴⁴.

Örnek olarak pilotluk, cerrahlık, güvenlik görevliliği gibi belirli meslekler açısından belli bir yaşa gelmenin yaratabileceği fiziki ya da mental yetersizliklerin yerine getirilen işin niteliğine ilişkin bir gereklilik oluşu ifade edilebilir⁴⁴⁵. Ancak bu durumu anlaşılacağı üzere bir işletmedeki tüm pozisyonlar için ifade etmek mümkün değildir.

Yaşa dayalı olarak fiziki yetersizliğin ortaya çıktığı hallerde dahi işveren tarafından feshin son çare olması ilkesi kapsamında bir değerlendirme gerçekleştirilmelidir. İşveren fesih yoluna başvurmadan önce işçiyi fiziki yeterliliğine uygun olarak hangi pozisyonlarda istihdam edebileceğini de göz önünde bulundurmalıdır. Bu yönde bir değerlendirme ortaya konulmadan gerçekleştirilen fesih geçersiz olacaktır. Yargıtay'ın uygulaması da benzer yöndedir⁴⁴⁶:

“Kuşkusuz işçinin verim düşüklüğünün yaşlanma gibi bünyedeki doğal bir gelişime dayanması hâlinde işveren, işçinin verim ve performans düşüklüğüne

19.01.2004, E. 2003/22196, K. 2004/261, www.legalbank.net, E.T: 15.06.2021; Aynı yönde bkz; Hromadka/Maschmann, s. 398.

⁴⁴⁴ Süzek, s. 577; Süzek, Yetersizlik, s. 572; Centel, s. 97; Şahlanan, s. 4; Göktaş, s. 39; Akı, s. 8.

⁴⁴⁵ Avrupa Adalet Divanı 05.07.2017 tarihli ve C -190/16 sayılı Kararı, **Alpay Hekimler**: “Alman Federal Mahkeme Kararları- Avrupa Adalet Divanı”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2017/4), S.55, s. 1831-1832; Aksi yönde görüş için bkz; Ünal'a göre mesleki gereklilik çerçevesinde de olsa belli bir yaşa gelme ya da emekliliği hal etmenin geçerli fesih nedeni teşkil etmesi mümkün değildir. Mesleki gereklilik de olsa iş güvencesi sisteminin emredici yapısından bağımsız bir değerlendirme yapılmamalıdır. Her ne kadar Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1 (a) bendinde yer alan “İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” hükmü yaş kapsamında mesleki gereklilik çerçevesinde farklı işlem yapılmasını haklı gösterir gibi görünse de pilotluk ve kabin memurluğu gibi mesleklerde emeklilik yaşı öncesinde böyle bir yaş sınırı koyulmasının geçerli fesih nedeni oluşturmayacağını ifade eden Ünal, cerrahlık gibi diğer meslek grupları açısından ise yaşın ne gibi olumsuzluklara yol açığının ortaya konulması suretiyle geçerli fesih nedeni kabul edilebileceğini ifade etmektedir.” (**Canan Ünal**: “Yaş Ayrımcılığı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi” (İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar), (Editörler: Doğan Yenisey, Kübra- Ergüneş Emrağ, Seda), 1. Bs, İstanbul 2017, s. 360; Aynı yönde bkz; Süzek, s. 577.

⁴⁴⁶ Y9HD, T. 03.06.2008, E. 2007/7515, K. 2008/13801, www.legalbank.net, E.T: 30.07.2021.

katlanmalıdır. İş sözleşmesinin geçerli feshi, ancak, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile bütünüyle artık uymadığının kabul edilebildiği an mümkün olabilecektir. Ancak, verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. İşte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin çalıştığı işte çalışabilme için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir.”

Kararda feshin son çare olması ilkesi kapsamında eğitim seçeneğinin de göz önünde bulundurulması gerektiği açıkça ifade edilmiş olsa da, yaşa bağlı fiziki yetersizliğin söz konusu olması halinde eğitimin bu noktada katkı sağlama ihtimalinin oldukça düşük olduğu öğretilmektedir⁴⁴⁷.

2. Yargı Uygulaması ve Öğretideki Görüşler

Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında emekliliğe hak kazanma durumunun işyeri personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmelerinde geçerli fesih nedeni oluşturacağının düzenlenmesi ve bu düzenlemenin genel ve objektif olarak uygulanması halinde feshin geçerli nedene dayalı bir fesih teşkil edeceği ifade edilmiştir⁴⁴⁸. Bu kapsamda işletmede bu yönde bir feshe ihtiyaç bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir.

⁴⁴⁷ Başkan, s. 100.

⁴⁴⁸ “İş sözleşmesinin feshine dair bildirim içeriğine göre davacının iş sözleşmesi işyerinde oluşan personel fazlalığı ve bunun sonucu olarak personel giderlerinin kanunda öngörülen limitleri aşması sebebiyle toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinin (II) numaralı bendinde öngörülen kurala dayanılarak

Toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri iç yönetmelikleriyle düzenlenen fesih hükümlerinin genel ve objektif bir şekilde uygulanmasının yanı sıra, bu yönde bir feshe ihtiyaç duyulduğunun da somut bir şekilde ortaya konulması gereklidir. Salt belli bir yaşa gelme ya da emekliliği hak etmiş olmak, fesih için geçerli neden teşkil etmemelidir. İşçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce uygulanabilecek başka tedbirlerin kalmadığının da işveren tarafından ortaya konulması gereklidir.

Yargıtay bu uygulamaların tutarlı bir şekilde gerçekleştirilmesini geçerlilik şartı olarak değerlendirmektedir. Bu tutarlılık, söz konusu kararın işyerindeki tüm aynı şartı sağlayan işçiler üzerinde tatbik edilmesi ve seçimin objektif bir şekilde uygulanması ile sağlanmaktadır⁴⁴⁹. İşveren eşit durumda bulunan ve emekliliği hak edecek yaşa gelmiş bulunan işçiler açısından belli bir kısma farklı bir uygulamada bulunmuş ise çıkarılanların hangi objektif nedene dayalı olarak çıkarıldığını ortaya koymalıdır⁴⁵⁰. Söz konusu kararlarda, bu yöndeki yaklaşımın Yargıtay'ın yerleşik bir uygulaması olduğu da ifade edilmektedir. Öğretide, Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamasında, yani işletmesel bir karar çerçevesinde yapılacak işten çıkarmalarda, maddi bakımdan daha az etkilenecek olanların seçilmesinin akla ve adalete uygun olduğu da ifade edilmektedir⁴⁵¹.

feshedilmiştir. Dosyaya sunulan, işyerinde fesih tarihi itibarıyla yürürlükteki, toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinin (II) numaralı bendinde, işyerinde taşeronlaştırma ve özelleştirmeye yönelik olmayan ve taraflarca kabul edilebilecek bir tenkiset sebebi ortaya çıktığında, kendi isteğiyle ayrılacak olanlardan sonra emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkarılacakları düzenlenmiştir. Dairemizin yerleşik uygulaması işyeri personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmelerinde yaşlılık aylığına (emekliye) hak kazanma hali genel ve objektif olarak uygulandığı takdirde fesih için geçerli sebep oluşturacağı yolundadır. Mahkemece, feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı yeterince araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.” Y22HD, T. 26.09.2013, E. 2013/23655, K. 2013/19912, www.legalbank.net, E.T: 15.06.2021; Benzer yönde karar için bkz; Y9HD, T. 11.10.2017, E.2017/23179, K. 2017/15433, www.lexpera.com.tr, E.T: 21.12.2021.

⁴⁴⁹ Şahlanan, s. 3; Akı, s. 14.

⁴⁵⁰ Akı, s. 15.

⁴⁵¹ Alp, Emeklilik, s. 157.

Yine bu yöndeki bir Yargıtay kararında belli bir yaşa gelmiş olmanın geçerli neden teşkil edebileceği ifade edilmiş olmakla birlikte, işletmesel karar da feshin geçerlilik denetimi amacıyla incelenmiştir⁴⁵²:

“Öte yandan, işyerinde personel fazlalığı bulunması halinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulması mümkün ise de, somut olayda, davalı banka Yönetim Kurulunun 15.6.2004 tarihli kararında görev düzeyinde norm kadro belirlenmiş olup, bazı görev unvanları için belirlenen norm kadronun mevcut kadrodan fazla ya da eşit olduğu, bazı görevler için ise mevcut kadrodan az olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mevcut kadro belirlenen norm kadrodan az ya da eşit olduğu takdirde personel fazlalığından söz edilemeyecektir. Dosya içeriğine göre bir kısım görev unvanları açısından personel ihtiyacının ortaya çıktığı ve davalı işverence fesihten sonra çok sayıda personel alımına başvurulduğu anlaşılmaktadır. Şu halde davacının görev unvanı için belirlenen norm kadroya göre personel fazlalığı da söz konusu değildir.”

Görüldüğü üzere kararda işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı, işletmede gerçekten bir personel fazlalığının bulunup bulunmadığı ve işten çıkarmalar sonrasında personel alımı yapıp yapılmadığı üzerinden bir denetleme yapılmıştır. Ancak öğretilde Şahlanan tarafından sözleşmesi feshedilen işçinin yerine işyeri profili ve işgücü politikasını sürdürmek maksadıyla yeni işçi alınması halinde feshin geçersiz kabul edilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁵³.

⁴⁵² Y9HD, T. 10.04.2006, E. 2006/5883, K. 2006/9359, www.legalbank.net, E.T: 15.06.2021; Ünal da benzer şekilde belli bir yaşa ulaşmasının geçerli fesih nedeni olarak otomatikman kabul edilemeyeceğini ancak bir sosyal seçim ölçütü olarak kabulünün mümkün olduğunu ifade etmektedir (Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 362).

⁴⁵³ Şahlanan, s. 4.

İşletmesel kararın objektif ve genel bir şekilde uygulanmasına ilişkin olarak, Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararında yer alan karşı oy da dikkat çekicidir⁴⁵⁴:

“Dosya kapsamına göre, davacının iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesinin 12/A-2. maddesi kapsamında... Kurumundan emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanması ve elli beş yaşını doldurmuş olması gerekçesiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde ya da personel yönetmeliği gibi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki sözleşmesel kaynaklarda düzenlenmiş olmak şartıyla emekliliğe hak kazanma, fesih uygulamasının objektif ve genel olması halinde geçerli sebep olarak kabul edilmektedir. Davalı şirketin çalışma alanı ve faaliyet konuları itibarıyla aynı konumdaki tüm işçileri aynı anda işten çıkarması beklenemeyeceğinden iş akışını etkilemeyecek şekilde fesihler yapması fesih hakkının kötüye kullanılması da sayılmaz. Feshin toplu iş sözleşmesi hükmü gereği geçerli sebeple fesih yapıldığı anlaşılmakla kararın bu gerekçe ile bozulması düşüncesiyle sayın çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.”

Söz konusu karşı oydan, mezkûr Yargıtay kararında işletmesel kararın aynı durumda olan tüm işçiler hakkında uygulanmaması sebebiyle fesih hakkının kötüye kullanıldığı ve feshin geçersizliğine karar verildiği anlaşılmaktadır. Karşı oyda ise, işletmenin aynı durumda olan bütün işçileri aynı anda çıkarmasının işletmenin iş akışını olumsuz etkilemesine sebebiyet vereceği ve bu sebeple aynı durumdaki işçiler arasında bir seçim yapılmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Kanaatimce karşı oyda belirtilen hususlar oldukça isabetlidir. Aksi yönde bir duruş, genellik ve objektiflik ilkesi çerçevesinde hem aynı durumda olan

⁴⁵⁴ Y22HD, T. 22.01.2015, E. 2014/35708, K. 2015/823, www.legalbank.net, E.T: 17.06.2021.

işçilerin işsiz kalmasına, hem de oluşabilecek işgücü yetersizliği ve tecrübe eksikliği sebebiyle işletmedeki iş akışının bozulmasına sebep olabilecektir.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir diğer kararında, üst düzey yönetici ya da kritik personel olarak değerlendirilen bazı çalışanların kapsam dışında bırakılmasının bu uygulamanın genelliği ve nesnelliğini ihlal etmeyeceği de ifade edilmiştir⁴⁵⁵:

“Somut olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü ve daha üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez. Bu nedenle davalı işverenin Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesinde yer alan hükmü üst düzey yöneticiler dışında kalan tüm personel için objektif ve genel uygulayıp uygulamadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının kabulü gerekir.”

Ancak yine bir Yargıtay kararında yer alan karşı oydaki ifadeler de dikkat çekicidir. Söz konusu karşı oya göre, toplu iş sözleşmesine konulan bir hüküm ile sendikanın işçinin çalışma hakkına olumsuz tesirde bulunacak bir düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır⁴⁵⁶. Benzer şekilde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun m. 33/5 düzenlemesine göre de bu tür sözleşmelerle Anayasa ve kanunlara aykırı düzenlemeler gerçekleştirilemez⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵Y9HD, T. 21.07.2008, E. 2008/21499, K. 2008/20666, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021.

⁴⁵⁶ Y22HD 19.03.2012, E. 2011/17688, K. 2012/4786, Şahlanan, s. 4.

⁴⁵⁷ Süzek, s. 576.

Belli bir yaşa gelmiş olmanın geçerli neden teşkil edebileceği yöndeki görüşün karşısındaki görüşe göre ise İş Kanunu m. 18/1’de yer verilen fesih nedenleri emredici nitelikte olup, söz konusu düzenlemelerin işçinin aleyhine olacak şekilde bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri iç yönetmelikleri ile değiştirilmeleri mümkün değildir⁴⁵⁸. Bu tür kayıtların kabul edilmesi iş güvencesi hükümlerinin dolanılması neticesini doğuracaktır⁴⁵⁹. Bu çerçevede, iş sözleşmelerinin geçerli nedene dayalı olarak feshedilebilmesi için İş Kanunu m. 18 kapsamında emekliliği hak edecek yaşa gelmiş olan ya da olmayan işçi arasında yalnızca bu ayrıma dayalı olarak bir fark yaratılması mümkün değildir⁴⁶⁰. Nitekim yaşın etkisi kendisini tüm işçilerde benzer şekilde göstermemektedir. Bu durum ayrımcılık yasağına ve eşit işlem borcuna aykırılık teşkil edebilecektir⁴⁶¹. Öğretide Yıldız tarafından da fesih açısından yalnızca yaşın bir ölçüt olarak belirlendiği hallerde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ifade edilmektedir⁴⁶².

Yine öğretide aksi yönde yer alan bir görüşe göre de personel yönetmeliklerine iş ilişkisinin başlangıcından sonra bu şekilde bir fesih nedeninin eklenmiş olmasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik yarattığı, İş Kanunu m. 22 kapsamında böyle bir değişikliğin bağlayıcı hale gelmesi için işçinin yazılı kabulünün gerektiği, personel yönetmeliğinde böyle bir usulün gözetilmemesi halinde söz konusu değişikliğin geçersiz kalacağı ifade edilmektedir⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Süzek, s. 576; Akı, s. 8; Ünal, s. 353; **Mustafa Alp**: Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (2007), S: 4, s. 182; Baysal, s. 151.

⁴⁵⁹ Süzek, s. 576; Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 359.

⁴⁶⁰ Akı, s. 15.

⁴⁶¹ Süzek, s. 575.

⁴⁶² Yıldız, Eşit İşlem, s. 156.

⁴⁶³ Şahlanan, s. 4; Alp, Emeklilik, s. 146; Aynı yönde yargı kararı için bkz; “4857 sayılı Kanun’un 22. maddesinde, “işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartlarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını

5620 sayılı “Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un 2’ nci maddesinin ikinci fıkrasında da “*Bu Kanunun 1 inci maddesi kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda çalışan geçici işçilerden bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla; bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlardan bu tarih itibarıyla kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmezler, bunların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilir.*” şeklinde bir düzenleme yer almakta olup, Kanun’da açıkça bir fesih sebebi olarak düzenlenmesi halinde emeklilik de geçerli bir neden teşkil edebilmektedir⁴⁶⁴. Dolayısıyla Kanun’da bu konu hakkında özel bir düzenleme yer alması halinde, söz konusu hükümlere riayet edilmelidir.

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde kanaatimce işletmesel bir karar neticesinde yapılacak işten çıkarmalarda, belli bir yaşa gelmiş ve emekliliğe hak kazanmış işçilerin söz konusu fesihten en az etkileneyeceği düşüncesiyle seçilmesini işçinin aleyhine olarak algılamak yanlış bir tutum olacaktır. Diğer bir deyişle Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere bu yönde bir kriterin tutarlı bir şekilde uygulanması halinde geçerli fesih nedeni olarak tespiti daha isabetli görünmektedir⁴⁶⁵.

veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir” düzenleme, çalışma şartlarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur. Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, işveren, işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartlarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır.” Y22HD, T. 02.07.2020, E. 2020/ 2228, K. 2020/8510, www.legalbank.net, E.T: 15.06.2021.

⁴⁶⁴ Baysal, s. 131.

⁴⁶⁵ Aynı yönde bkz; Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 361.

3. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Yaşlılığın İş İlişisine Etkisi

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, Amerikan hukukunda iş ilişkilerinde yaşın ayrımcılığa konu olmasını engellemeye yönelik İstihdamda Yaş Ayrımcılığı Kanunu (*The Age Discrimination Act*) mevcut olup, yaşın ancak “gerçek mesleki nitelik” (*bona fide occupational qualification*) hükmünde olması halinde iş ilişkisinde belirleyici bir unsur olmasına izin verilmektedir⁴⁶⁶. Ancak söz konusu Kanun’un uygulanması için bir alt sınır yaşı belirlenmiş olup, bu yaş 40’tır (Section 1625. 2(a)).

Düzenleme 40 yaş üzerinde kişilerin işten çıkarılması için yaş dışında makul bir nedene dayanılmasını (*reasonable factors other than age*), örneğin işin gereği gibi yapılmamasını veya düşük performansı gerekli kılmaktadır⁴⁶⁷. Yaşlı işçilerin, Amerikan düzenlemeleri kapsamında genç işçilere göre işveren açısından daha maliyetli olmaları işten çıkarma açısından geçerli bir neden teşkil etmemektedir⁴⁶⁸. Söz konusu Yaş Ayrımcılığı Kanunu kapsamında yaşlı işçiler için fesih yerine maliyeti azaltma adına ücretlerde düşmeye gidilmesi feshin son çare olması ilkesi kapsamında mümkün olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanımı yasaklanmıştır⁴⁶⁹.

Alman hukukunda da Alman Sosyal Kanunu (*Sozialgesetzbuch*) 6’ncı kitabının 41’inci maddesi işçinin yaş koşulunu tamamlayarak emekli aylığına başvurmasının, fesih açısından geçerli bir neden teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir⁴⁷⁰. Bununla birlikte mezkûr maddede düzenlediği üzere, Türk yargı uygulamasıyla benzer bir şekilde toplu iş sözleşmesi ya da işyeri anlaşması (*Betriebsvereinbarung*) ile bir hüküm öngörülmesi halinde bu durumun geçerli fesih nedeni olması mümkündür⁴⁷¹. Ancak

⁴⁶⁶ Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 343; Baybora, s. 15.

⁴⁶⁷ Baybora, s. 17; Bu husus öğretilde Yıldız tarafından “objektif bir meslek gereği” olarak ifade edilmiştir (Yıldız, Eşit İşlem, s. 153).

⁴⁶⁸ Baybora, s. 17.

⁴⁶⁹ Baybora, s. 18.

⁴⁷⁰ Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 335; Baysal, s. 132.

⁴⁷¹ Baysal, s. 132.

söz konusu düzenlemenin geçerli olması için de işçinin emeklilik hakkını asgari 65 yaşında elde etmesi ya da bu hakkı daha düşük bir yaşta elde etmekle birlikte yaş sınırına dair düzenlemenin emekliliğe hak kazanma tarihinden en az 3 yıl önce kararlaştırılması ve işçi tarafından da kabul edilmesi şarttır⁴⁷².

Alman hukukunda belirli bir yaşa gelmiş olmanın herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın doğrudan feshe yol açmasının mümkün olup olmadığı da tartışılmış hususlardan birisidir. Bu konuda bir iş mahkemesinin verdiği kararda, bu yönde bir düzenlemenin yaşlılar açısından ayrımcılık teşkil edeceği, 18.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren Genel Eşit İşlem Kanunu'na aykırılık oluşturacağı, ancak işin fizyolojik ve psikolojik gerekliliklerinin mecbur kılması halinde bu yönde bir yaş sınırlamasının hukuki olabileceği ifade edilmiştir⁴⁷³.

Benzer şekilde Fransız İş Kodu L. 1133-1⁴⁷⁴'de yaşa dayalı farklı yönde uygulamaların objektif olarak haklılaştırılabildiği sürece ayrımcılık olarak kabul edilmediği düzenlenmektedir. Yine bu düzenleme kapsamında özellikle istihdam politikasıyla ilişkili olmak üzere seçilen yöntemlerin objektif, elverişli ve gerekli olması gerektiği ifade edilmektedir.

Birleşik Krallık hukukunda ise feshin geçerli kılınması için İstihdam Hakları Kanunu'nun 98'inci Kısımında öngörülen beş ana kategoriden birine dayanılması gerekli olup, bu kategorilerden birisi de "*diğer geçerli nedenler*"dir (*some other substantial reason*). Bu kavram oldukça geniş nitelikli bir kavram olup, öğretiyeye göre

⁴⁷² Baysal, s. 133.

⁴⁷³ Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 341; ArbG Hamburg, 22.9.2009, 21 Ca 352/08, Baysal, s. 134.

⁴⁷⁴ Code du Travail, Article L1133-1: "Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires."

yaş da bu kategoriye girebilecek ölçütlerden birisidir. Bu kapsamda işverenin kavramın içeriğini somutlaştırması ve fesih işlemini gerekçelendirmesi zorunludur⁴⁷⁵.

Güney Afrika hukukunda da İş İlişkileri Kanunu (*Labor Relations Act*) Kısım 187(1) (f) 'de sayılan herhangi bir nedenle, ki yaş bunlardan birisidir, işten çıkarmada ayrımcılık yapılması feshi doğrudan haksız hale getirmektedir. Fesih için yaş haricinde düşük performans, işletmesel gereklilik, hatalı davranış ya yetersizlik gibi bir durumun neden olarak işverence ortaya konulması gereklidir. Yaşlı işçilerin tecrübeleri, işletmesel bilgi birikimleri ve müşteri bağlantıları işverenler ve işletmeler için çok faydalı bir nitelikte olup, işverenlerin bu nitelikleri kaybetmemeleri adına yaşlı işçilere esnek çalışma sistemlerini, örneğin yarı zamanlı ya da evden çalışma gibi, sunmaları önerilmektedir⁴⁷⁶.

İsveç hukuku da yaş unsurunu kural olarak bir fesih nedeni kabul etmemekte olup, işçinin yaşı sebebiyle icra ettiği işin gerekliliklerini karşılama yeteneğinde sürekli bir düşmenin bulunmasını bir şart olarak aramaktadır. Bu düşme neticesinde işçinin ortaya koymakta olduğu performansın ya da verimliliğin işletme açısından önemi kalmamalı ya da kayda değer ölçüde azalmalıdır. İşçinin yaşlılık aylığına hak kazandığı 67 yaşına ulaşması halinde ise fesih için herhangi bir objektif nedenin ortaya konulmasına ihtiyaç yoktur⁴⁷⁷.

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında hukuk sistemleri arasında oldukça farklı uygulamaların benimsendiği görülmektedir. Bu doğrultuda bazı hukuk sistemlerinde belli bir yaşa gelinmesi İsveç örneğinde olduğu üzere fesih için objektif

⁴⁷⁵ **Helen Meenan:** "Age Discrimination In The United Kingdom", International Journal of Discrimination and the Law 3 (March 1999), No: 4, s. 243.

⁴⁷⁶ **Ernest Manamela:** "Till Age Do Us Part: An Automatically Unfair Dismissal Based On An Employee's Age: Datt v. Gunnebo Industries (pty) Ltd", South African Mercantile Law Journal (2010), S. 22(2), s. 286.

⁴⁷⁷ Topal, s. 44.

bir neden sunulması ihtiyacını ortadan kaldırmakta, bazı hukuk sistemlerinde ise yaş haricinde performans düşüklüğü gibi bir nedenin öne sürülmesi feshin geçerliliği açısından aranmaktadır. Bu durumun yanı sıra, bazı ülkelerde konu kanuni düzenlemelerle bir çözüme kavuşturulurken, Alman örneğinde olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde de işçi ve işveren arasındaki düzenlemelere imkân tanındığı görülmektedir.

4. Değerlendirme ve Sonuç

Sonuç olarak salt belli bir yaşa ulaşmak ya da emekli aylığına hak kazanmış olmak hukukumuzda fesih için geçerli neden teşkil etmemektedir. Yaşın bu konuda belirli bir unsur olabilmesi için, feshin neden gerekli olduğunun ortaya konulması gereklidir. Yalnızca daha yaşlı personel yerine genç personelle çalışma isteği geçerli bir neden değildir⁴⁷⁸. Bu noktada Yargıtay uygulaması ile paralel bir şekilde, genel nitelikte olması, objektif bir şekilde uygulanması ve kararın tutarlılığının, gerekliliğinin ortaya konulması halinde kanaatimce toplu iş sözleşmesi ya da işyeri yönetmelikleri ile düzenlenen fesih hükümleri geçerli olmalıdır. Öğretide Süzek tarafından da ifade edildiği üzere pilotluk, cerrahlık gibi bazı spesifik meslekler açısından uygun bir yaş kısıtlaması getirilmesi halinde eşit işlem borcu ihlal edilmiş olmayacaktır⁴⁷⁹. Ancak söz konusu karar çerçevesinde fesih harici başka bir tedbirin uygulanıp uygulanamayacağına da somut bir şekilde işveren tarafından ortaya konulması gereklidir.

Öğretide aksi yönde yer alan görüşlere göre ise, toplu iş sözleşmesi ya da personel yönetmeliği gibi kaynaklarla gerçekleştirilen ve yaşa dayalı feshe imkân

⁴⁷⁸ Alp, Personel Yönetmeliği, s. 185.

⁴⁷⁹ Süzek, s. 577; Benzer yönde bkz; Tulukçu, s. 23.

tanıyan düzenlemeler geçersizdir. İş Kanunu m. 18/1’de yer verilen fesih nedenleri emredici nitelikte olup, söz konusu düzenlemelerin işçinin aleyhine olacak şekilde bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri iç yönetmelikleri ile değiştirilmeleri mümkün değildir⁴⁸⁰. Bu tür kayıtların kabul edilmesi iş güvencesi hükümlerinin dolanılması neticesini doğuracaktır⁴⁸¹. Bu çerçevede, iş sözleşmelerinin geçerli nedene dayalı olarak feshedilebilmesi için İş Kanunu m. 18 kapsamında emekliliği hak edecek yaşa gelmiş olan ya da olmayan işçi arasında yalnızca bu ayrıma dayalı olarak bir fark yaratılması mümkün değildir.

Kanaatimce öğretide aksi yönde olduğu belirtilen görüşlerin İş Kanunu m. 18 hükümlerinin emredici niteliği göz önüne alındığında haklılık payı mevcuttur. Ancak yer verilen yargı kararlarındaki uygulamayla paralel bir şekilde bu yönde hukuki bir düzenlemenin yapılması da isabetli olacaktır⁴⁸². Nitekim günümüz koşullarında daha da sert bir hal alan rekabet koşulları işverenin daha verimli ve daha dinamik yönde bir istihdam politikası izlemesini gerekli kılmaktadır⁴⁸³. Avrupa Birliği’nin 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktifi” hukuka uygun nitelikte istihdam politikalarının, emek piyasasının ve mesleki eğitim amaçlarının yaş kapsamında farklı uygulamaları haklılaştırabileceğini kabul etmektedir⁴⁸⁴. Bunun yanı

⁴⁸⁰ Süzek, s. 576; Akı, s. 8; Ünal, s. 353; Alp, Personel Yönetmeliği, s. 182; Baysal, s. 151.

⁴⁸¹ Süzek, s. 576; Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 359.

⁴⁸² Ünal, Yaş ve Emeklilik, s. 360; Baysal, s. 138.

⁴⁸³ Baysal, s. 138; Benzer şekilde Yıldız tarafından da ülkemizin sosyal koşullarının dikkate alınması gerektiği, Avrupa Birliği’nin 2000/78 sayılı Direktifinin bu yönde bir uygulamaya imkân tanıdığı ifade edilmektedir (Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 160).

⁴⁸⁴ “(25) The prohibition of age discrimination is an essential part of meeting the aims set out in the Employment Guidelines and encouraging diversity in the workforce. However, differences in treatment in connection with age may be justified under certain circumstances and therefore require specific provisions which may vary in accordance with the situation in Member States. It is therefore essential to distinguish between differences in treatment which are justified, in particular by legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and discrimination which must be prohibited.” Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing A General Framework For Equal Treatment In Employment And Occupation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>, E.T: 17.12.2021.

sıra, ülkemizdeki gençler arasındaki işsizlik⁴⁸⁵ oranlarının yüksekliği⁴⁸⁶ ve emekliliğe hak kazanmış işçilerin çalışmaya devam etmeleri ekonomik açıdan önemli bir yük teşkil etmektedir⁴⁸⁷.

Bu doğrultuda Alman hukukunda olduğu gibi, yasal emeklilik yaşına ulaşmadan önce emeklilik hakkının kazanılması halinde, belli bir yaşa gelen ve emekliliği hak eden işçinin iş sözleşmesinin sonlanacağı yönündeki düzenlemenin Türk hukukunca benimsenmesi de öğretide önerilmektedir⁴⁸⁸.

III. MESLEKİ YETERSİZLİK

A. MESLEKİ YETERSİZLİK KAVRAMI

Mesleki yetersizlik, işçinin fiziksel yeterliliği ile bağı olmaksızın, icra edilen işin gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli olan yeterliliğe sahip olunamaması durumudur ve bir geçerli fesih nedenidir⁴⁸⁹. Söz konusu yetersizlik işçide bulunan beceri eksikliğinden ya da işçinin verimsizliğinden, işçinin mesleki olarak o işe uygunsuzluğundan doğabilir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ Sözü edilen kesim BM, UÇÖ gibi örgütler tarafından genç olarak tanımlanan ve 15-24 yaş arasında olan kesimdir. Araştırmalara göre durgunluk ve rekabet ortamından en fazla etkilenen kesim, daha az tecrübeli olan gençlerdir. Günümüzde küresel anlamda genç işsizliğin geçmişte görülmemiş seviyelere ulaştığı ifade edilmektedir. Bu durumun da sosyo-ekonomik anlamda oldukça olumsuz yansımaları bulunmaktadır (**Volkan Işık**: “Türkiye’de Genç İşsizliği ve Genç Nüfusta Atalet”. Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi (2016), S. 5 (11), s. 136-137). Öğretide Yıldız da genç işsizlik oranının istihdam politikaları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ve yaşa dayalı farklı bir uygulamanın bu şekilde makul bir amaç kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir (Yıldız, Eşit İşlem, s. 160).

⁴⁸⁶ TÜİK 2021 verilerine göre, 15-24 yaş grubunu kapsayan genç nüfusta işsizlik oranı 3. çeyrek için %22,1 olmuştur. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-III.-Ceyrek:-Temmuz---Eylul,-2021-37547>, E.T: 06.12.2021.

⁴⁸⁷ Akı, s. 15-16.

⁴⁸⁸ Alp, Personel Yönetmeliği, s. 188.

⁴⁸⁹ Kabakcı, s. 167; Köseoğlu, s. 106.

⁴⁹⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 343; **İlke Gürsel**: “Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik”, Sicil İş Hukuku Dergisi (2020), S. 43 s. 178.

Her ne kadar yetersizliğin işyerinde bir olumsuzluğa sebebiyet vermesi gerekse de⁴⁹¹ bu olumsuzluğun ölçülebilir bir nitelikte olması zorunlu değildir⁴⁹². Burada önemli olan husus söz konusu yetersizliğin feshe sebebiyet verebilecek nitelikte olduğunun işveren tarafından somut bir şekilde ortaya konulması ve gerekçelendirilmesidir. Buna ilişkin yargı kararlarında mesleki yetersizliğin somut bağlantılarının ortaya konulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹³:

“İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih sebebinin oluşabilmesi, sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmamasına bağlıdır. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi sebebiyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.”

Mesleki yetersizliğin, işveren ya da diğer dış faktörlerden bağımsız bir şekilde işçinin kendisinde bulunan ve kaynağı işçinin kendisi olan bir yetersizlik olması gereklidir⁴⁹⁴. Yargıtay da yakın tarihlerde vermiş olduğu bir kararında, işçinin kontrolü

⁴⁹¹ Köseoğlu, s. 99; **Dilek Dulay**: “İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2010), S: 27, s. 977.

⁴⁹² Gürsel, s. 178.

⁴⁹³ Y22HD, T. 16.03.2015, E. 2015/6541, K. 2015/10192, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021; Aynı yönde bkz; Gaziantep BAM8HD, T. 27.05.2020, E. 2019/2242, K. 2020/578, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2021.

⁴⁹⁴ Süzek, s. 578; Gürsel, s. 179.

dışında olan etkenler sebebiyle yetersiz addedilemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁹⁵. Benzer şekilde işyerinde gerçekleştirilen yapısal ya da teknolojik bir değişim ya da işçinin pozisyonunda gerçekleştirilen değişiklik sebebiyle işçinin uyum sağlamakta zorlanması mümkün olup, işverene bu noktada düşen işçinin uyum sağlaması için gereken önlemleri almasıdır⁴⁹⁶.

İşçiden istenen performansın hakkaniyete uygun bir ölçünün üzerinde olması, işçiye gerekli teknolojik donanım ya da imkânların sağlanmaması, işçinin niteliğine uygun bir pozisyonda istihdam edilmemesi halinde mevcut yetersizliği işçiden kaynaklı olarak değerlendirmemek gereklidir⁴⁹⁷. Bu ve benzeri durumlar fesih için geçerli neden teşkil etmemektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararında, işçinin yaklaşık 12 yıldır aynı işyerinde bir bölümde çalıştıktan sonra başka bir bölüme nakledildiği, işçinin bu değişikliği kabul etmediği, daha önce çalışmadığı ve üzerinde herhangi bir eğitim verilmeyen bu pozisyonda diğer işçilerle aynı ölçütlere dayalı olarak kıyaslanması ve yetersiz olarak addedilmesinin feshi geçersiz kılacağı ifade edilmektedir⁴⁹⁸.

Bu hususun yanı sıra, işçinin yeterliliği dinamik bir şekilde değerlendirilmelidir. Gelişen ve değişen iş koşulları çerçevesinde zaman içerisinde işçiden bu değişime uyum sağlaması beklenebilmekte olup, bu beklenti makul bir seviyede olduğu sürece uyum sağlayamayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilmelidir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ “Çalışanlara, ulaşmak için yapılması gerekenleri kontrol etme yetkisinde ve görev tanımı içinde olmadıkları hedef ve standartlar vermenin hiçbir yararı yoktur. Çalışanın görev tanımı içinde kalmayan ve kendisinden kaynaklanmayan, özellikle dış etkenlere bağlı kriterler dikkate alınmamalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır.” Y9HD, T. 27.06.2018, E. 20177/7643, K. 2018/14018, www.legalbank.net, E.T: 18.06.2021.

⁴⁹⁶ Gürsel, s. 179.

⁴⁹⁷ Caniklioğlu, s. 80.

⁴⁹⁸ Y9HD, T. 28.09.2009, E. 2008/42886, K. 2009/24409, www.legalbank.net, E.T: 18.06.2021.

⁴⁹⁹ Süzek, s. 579.

İş Kanunu m. 18 gerekçesinde sayılan örneklerden ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma; işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği mesleki yetersizlik teşkil edebilecek haller olup, gerekçede sayılan söz konusu haller tahdidi nitelikte değildir. Gerekçede belirtilen örneklerin çağdaş bir performans yönetimini yansıtmadığı yönünde eleştiriler de öğretilerde mevcuttur⁵⁰⁰. Sayılan sebepler arasında mesleki yetersizlik teşkil eden başlıca sebep ise performans düşüklüğüdür. Çalışmamızın devamında gerekçede sayılan sebeplerin yanı sıra mesleki yetersizlik teşkil edebilecek diğer haller de incelenecektir.

B. PERFORMANS KAVRAMI

1. İşçinin Sergilemekle Yükümlü Olduğu Performans Kavramı ve İçeriği

Performans, verimliliğin ölçülmesi, “işçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰¹. Planlı bir faaliyetin yerine getirilme seviyesi şeklinde ifade etmek de mümkündür⁵⁰². Belirli bir

⁵⁰⁰ **Ahmet Selamoğlu / Murat Özveri:** “İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesih Nedeni Olarak Performans Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2016), Özel Sayı, s. 226.

⁵⁰¹ Süzek, s. 578; Centel, s. 91; **Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat:** İş Hukuku Dersleri, 33.Bs, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 533; Tulukçu, s. 19; Bu yönde yargı kararı için bkz; “Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.” Y9HD, T. 09.03.2009, E. 2008/20570, K. 2009/6142, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

⁵⁰² **Büşra Öztekin:** “İşe İade Davalarında Performans Düşüklüğü Nedeniyle Fesih ve Yargıtay Uygulamaları”, İstanbul Barosu Dergisi (Mayıs 2017), C. 91, S. 3, s. 217; **Ferman Kaya:** “Performans Düşüklüğü Sebebiyle İş Akdinin Geçerli Nedenle Feshinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi (Eylül 2015), C. 89, S. 5, s. 148; **Polat Tunçer:** “Örgütlerde Performans Değerlendirme ve Motivasyon”, Sayıştay Dergisi (Ocak - Mart 2013), S. 88, s. 89. **Burcu Üzümlü/ Seher Uçkun:** Performans Değerlendirme Yöntemleri Üzerine Nitel Bir Araştırma: Kocaeli İli Örneği, İşletme Araştırma Dergisi (2021), S. 10/2, s. 255; **Şener Uysal:** “Performans Yönetimi

zaman dilimi içerisinde işin icrası esnasında gösterilen çabanın nicel ya da nitel sonuçları da diğer bir tanım örneğidir⁵⁰³. Süreç sonucunda elde edilen neticenin, süreç öncesinde belirlenen standartlara ulaşması ya da aşması halinde yüksek performans, aşamaması halinde ise düşük performans söz konusu olmaktadır.

İşçi, İş Kanunu m. 8 uyarınca işverene bağımlı bir şekilde iş görmek yükümlülüğünde olup, bu yükümlülüğünün içeriği de iş sözleşmelerinde öngörülen işin türü, ifa edileceği yer, ifa edileceği zaman gibi somut şartlara göre belirlenebilmektedir⁵⁰⁴. İş sözleşmesinde belirlenen esaslar çerçevesinde işçinin bu borcunu yerine getirebilmesi için belli bir performans göstermesi gereklidir. Dolayısıyla belirlenmesi halinde iş sözleşmesinde yer alan bu koşullar işçinin yükümlü olduğu performans borcunun genel çerçevesini oluşturmaktadır.

İşçinin gösterdiği performansın, sebebi ne olursa olsun işin gereklilikleri için yeterli seviyede olmaması halinde, bu yetersizliğin hangi koşullarda ve hangi seviyede geçersiz feshe dayanak teşkil edeceğinin tespiti önemli bir konudur. Bu tespitin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği de öğretilen tartışılan hususlardan birisi olmuştur. Düşük performans, çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere işçinin yetersizliği ya da davranışları kaynaklı olabilir⁵⁰⁵. İşçinin kendisinden ne beklendiği hakkında yeterli bilgiye sahip olmaması ve bu konuda geri bildirim almaması, işçinin gereğinden fazla çalışma yükünün bulunması, yetersiz oryantasyon eğitimi, işin ve işyerinin gerektirdiği niteliklerin zamanla değişmesi, işçinin bu pozisyon için daha

Sisteminin Tanımı, Tarihçesi, Amaç ve Temel Unsurlarına Genel Bir Bakış”, Electronic Journal of Vocational Colleges (Ekim 2015), C. 5, S. 2, s. 508.

⁵⁰³ Uysal, s. 508.

⁵⁰⁴ Kabakcı, s. 29.

⁵⁰⁵ Baysal, s. 74.

düşük ya da yüksek niteliklere sahip olması düşük performansın olası nedenlerine örnek olarak verilebilir⁵⁰⁶.

İş Kanunu m. 18 gerekçesinde “*ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışmayı*” ve “*gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma*” geçerli fesih nedeni teşkil eden işçinin yetersizlik halleri olarak ifade edilmiştir. Söz konusu hallerde, işçi her ne kadar iş görme edimini yerine getirmekteyse de bu ölçü emsallerine ya da önceden belirlenen standartlara göre yetersiz olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada işçinin göstermesi gerekli performansın, verimliliğin ve bu konudaki yetersizliklerin ne zaman geçerli fesih teşkil edeceğinin ortaya konulması gereklidir.

Performans “*işçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi*” olarak tanımlanırken, verimlilik ise daha farklı bir kavrama işaret etmektedir. Performans işçinin üretim sürecine kattığı emeğin kalitesine işaret ederken; verimlilik, çalıştırılan ya da işletilen bir unsurun neticedeki etkisi olarak ifade edilebilir⁵⁰⁷. Performans ve verim kavramları benzer anlamlara işaret etmekte olsa da birbirinden farklıdır⁵⁰⁸. Verim kavramı, sözleşmeye aykırı ifa ile ilgili olmayıp, söz konusu ifanın sonucundaki edimin ölçüsüne ilişkindir⁵⁰⁹. İşçinin yüksek bir performans göstermesi, onun daima verimli olduğu manasına gelmemekte olup, verimlilik kavramı işçinin dışındaki üretim koşulları, teknolojik yapı gibi etkenlere de bağlıdır⁵¹⁰. Bununla birlikte, her iki kavramın da performans düşüklüğü başlığı altında ele alınması mümkün görünmektedir.

⁵⁰⁶ ILO, Underperformance, s. 9.

⁵⁰⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr, E.T: 09.07.2021; Aynı yönde bkz; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 533; Kurt/Koç, s. 338; Narter, s. 112; Dulay, s. 970.

⁵⁰⁸ **Bektaş Kar:** “Performans Düşüklüğü ve Yetersizliği Nedeni İle Fesihte Yargısal Denetim”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Eylül 2008), S.11, s. 36.

⁵⁰⁹ Kabakcı, s. 18.

⁵¹⁰ Kurt/Koç, s. 338; Kar, Performans, s. 36; Dulay, s. 970.

İşçinin sergilemekle zorunlu olduğu performansın iş sözleşmesinde yer alması çok gözlenen bir durum değildir, hatta birçok iş sözleşmesinin niteliği bu çerçevede bir düzenleme yapılmasına da izin vermemektedir⁵¹¹. Genelde iş sözleşmelerinde işçi tarafından ifa edilecek edimin kalitesine ve niceliğine yönelik bir değerlendirme yapılması istisnai bir durumdur⁵¹². Performansa dair iş sözleşmesinde herhangi bir belirleme olmaması halinde, işverenin talimatları, yani işverenin yönetim hakkı belirleyici olacaktır⁵¹³. Aslında işverenin talimatları iş sözleşmesinde bu yönde bir belirleme olduğunda dahi önem arz etmektedir. Ancak bu durum işverenin söz konusu performansın niteliğini ya da niceliğini belirlerken tamamen serbest olduğu anlamına gelmemektedir⁵¹⁴. Borçlar Kanunu m. 399 bu noktada yol gösterici bir rol oynamaktadır:

“Madde 399- İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”

Söz konusu madde işçiden göstermesi beklenen performansın kapsamının ve seviyesinin işverenin talimatlarıyla belirlenebileceğini, ancak bu noktada tamamen özgür olamayacağını düzenlemektedir. Bu noktada dürüstlük kuralları söz konusu özgürlüğe bir sınırlama getirmektedir. Başka bir görüşe göre de işçi iş sözleşmesi devam ederken elinden gelenin en iyisini yapmakla zorunludur. Alman öğretisinde dile getirilen bu görüşe göre işçinin işverene karşı yükümlü olduğu borcun limitlerini de

⁵¹¹ Collins/Ewing/McColgan, s. 7; Tunçomağ/Centel, s. 95; Baysal, s. 77; Kabakcı, s. 120.

⁵¹² Kabakcı, s. 30.

⁵¹³ Collins/Ewing/McColgan, s. 7; Narter, s. 112; Centel, s.74; Tunçomağ/Centel, s. 96; Kabakcı, s. 34.

⁵¹⁴ Kabakcı, s. 35.

bu esas belirlemektedir⁵¹⁵. Ancak bu tespite ek olarak, edimlerin denkliğine dair objektif haklı beklentilerin de karşılanması gerektiği ifade edilmiştir⁵¹⁶.

2. İşçinin Sergilemekle Yükümlü Olduğu Performansa Dair Ölçütler

İşçinin sergilemekle yükümlü olduğu performans düzeyinin nasıl belirleneceğine dair benimsenen ölçütler subjektif ölçütler ya da objektif ölçütler olarak ifade edilebilir. Subjektif ölçütler, işçinin iş görme borcunun düzeyinin işçinin fikri ve bedeni yeterliliği esas alınarak belirlenmesini ifade eder. Objektif ölçütler ise isminden de anlaşılacağı üzere subjektif görüşlerde esas alınan kişisel niteliklerin yerine nesnel ve ölçülebilir verilerin esas alınmasıdır. Öğretide işçinin ne seviyede performans göstermesi gerektiği hususunda objektif veya subjektif ölçütlerin tek başına ya da birlikte esas alınmasını öneren farklı yönde görüşler mevcuttur⁵¹⁷.

a. Subjektif Ölçütler

Bu görüşlerden subjektif ölçütlerin esas alınması gerektiğini savunan görüşe göre işçinin iş görme borcu kişisel bilgi, beceri ve yeteneğiyle sınırlıdır. İşçinin işi bizzat kendisinin görme borcu ve iş ilişkisinin kişisel niteliğinden dolayı, söz konusu performans düzeyinin işçinin kişiliğinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Bu sebepten ötürü her işçinin aynı düzeyde performans sergilemesi ve buna dayalı olarak objektif ölçütlerin belirlenmesi mümkün değildir⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Baysal, s. 78.

⁵¹⁶ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz; Kabakçı, s. 31.

⁵¹⁷ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz; Kabakçı, s. 45-49.

⁵¹⁸ Kabakçı, s. 45-46.

İşçinin iş görme borcunun kapsamının ne olduğu, bunun nitelik ve seviyesinin ne olması gerektiği açısından somut bir düzenleme yer almamaktadır. İş sözleşmesi kapsamında işin ne şekilde görüleceği hususunda somut esaslar belirlenmediği takdirde, edimin içeriği işverenin yönetim hakkı kapsamında tayin edilmektedir⁵¹⁹. İş sözleşmesinin kişisel nitelikte bir sözleşme olması da bu şekilde bir değerlendirmeye yöneltmektedir⁵²⁰. Söz konusu yönetim hakkının kapsamı da işin niteliğine ve işçinin uzmanlık seviyesine göre değişebilmektedir. İşçinin uzmanlık seviyesi artış gösterdikçe, işin teknik niteliği yükseldikçe işverenin yönetim hakkının kapsamının da azaldığı ifade edilebilir⁵²¹.

Borçlar Kanunu m. 396/1’de işçinin işin ifasını özenle yerine getirmek ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak durumunda olduğu yönünde bir düzenleme mevcut olup, düzenleme bu kapsamda yol gösterici niteliktedir. Düzenlemede yer alan “özenle” ifadesi, işçinin işini görmesi esnasında normalin üzerinde bir dikkat sergilemesi gerektiğinin göstergesi niteliğindedir. Alman hukukunda ifade edilen işçinin işini ifa etmesi esnasında gerçekleştirebileceği en yüksek düzeydeki verimi ortaya koyması gerektiği hususunun Türk hukuku açısından da geçerli bir esas olduğu öğretide dile getirilmektedir⁵²².

Bu düzenleme iş görme borcunun kapsamına dair net bir çizgi sunmamakta olup, her iş görme borcunun işçi ve işyeri bağlamında özel bir şekilde değerlendirilmesini

⁵¹⁹ Centel, s. 74; Baysal, s. 80; Aynı yönde yargı kararı için bkz; “İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar.” Y7HD, T. 14.05.2014, E. 2014/5708, K. 2014/10806, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

⁵²⁰ Baysal, s. 81.

⁵²¹ **Sevgi Dursun Ateş:** İşverenin Yönetim Hakkı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019, s. 102.

⁵²² Narter, s. 112; Centel, s.74; Baysal, s. 80.

gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda işin tehlikeli olup olmadığının, herhangi bir eğitime ihtiyaç duyulup duyulmadığının, işçinin uzmanlığının ve işverenin işçiye dair bildiği ve bilmesi gereken niteliklerinin göz önüne alınması mecburdur⁵²³.

TBK m. 396 düzenlemesi bu yönüyle, benzer bir düzenleme içeren İsviçre Borçlar Kanunu Art 321e OR düzenlemesinden ayrılmaktadır. Aradaki fark İsviçre Borçlar Kanunu'nda özen borcuna ilişkin düzenleme işçinin ifa sorumluluğu çerçevesinde ele alınırken, Türk hukukunda ifanın içeriği kapsamında dikkate alınmaktadır⁵²⁴.

Ancak geçerli fesih açısından özen borcu ve buna ilişkin ölçütler öğretide çoğunlukla dikkate alınmamaktadır. Bunun yerine İş Kanunu m. 18'de yer alan geçerli neden örneklerinin ve içtihatlarla somutlaştırılan ilkelerin esas alındığı görülmektedir.

b. Objektif Ölçütler

Objektif esasların benimsenmesi, aynı ya da benzer nitelikte bir işte çalışan ve ortalama seviyede bulunan bir işçinin yeterliliğinin temel alınmasını gerektirmektedir⁵²⁵. İşçiden işçiye değişkenlik gösterebilecek ölçütler belirlenmesi yerine, aynı ya da benzer işi icra eden işçilerin ortalama verimlilik ve performans verileri esas alınmaktadır.

Objektif ölçütlerin tercih edilmesi gerektiğini savunan görüşlere göre, işverenin sübjektif değerlendirmelerine performans sisteminde verilen yer arttıkça, söz konusu sistemin ispat gücü ve inandırıcılığı azalmaktadır⁵²⁶. Objektif ölçütlerin belirlenmesi,

⁵²³ Tunçomağ/Centel, s. 98.

⁵²⁴ Bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz; Kabakçı, s. 54 vd.

⁵²⁵ Kabakçı, s. 47.

⁵²⁶ Doğan Yenisey, Kıdem Tazminatı, s. 466; Baysal, s. 79; **Erol Akı / Tunç Demirbilek**: “Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Sosyoekonomi

taraflar arasındaki edim denkliğini koruyucu bir işlev görür. Bu yöndeki görüşün yasal dayanağı olarak TBK m. 86⁵²⁷ esas alınmaktadır. Bu doğrultuda işçinin iş görme borcu ifa esnasında belli bir somutlaştırmayı gerekli kılmakta, bu yönüyle de çeşit borcuna yaklaşmaktadır⁵²⁸.

İş Kanunu m. 18 gerekçesinde yer alan “*İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için bu düzenleme ile söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve bazı örnekler verilmiştir.*” ifadeleri de bu görüşleri destekler niteliktedir. Ancak işçi lehine olan performans değerlendirmeleri objektiflik süzgecinden geçirilmemekte, hatta bu yönde değerlendirmeler gelecekte işçi aleyhinde olabilecek değerlendirmelere şüpheyle yaklaşılmasına sebebiyet vermektedir⁵²⁹.

c. Karma Ölçütler ve Ölçüt Bazında Eleştiriler

İş Kanunu m. 18 gerekçesinde yer alan “*ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma*” ve “*gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma*” ifadeleri, kanun koyucunun performansın ölçülmesine yönelik olarak hem sübjektif hem de objektif değerlendirmelerden yararlandığını göstermektedir⁵³⁰. “*Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma*”

(Haziran 2010), C. 11, S. 11, s. 89; Benzer yönde yargı kararı için bkz; Y22HD, T.19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T:03.08.2021.

⁵²⁷ TBK m. 86: “Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.”

⁵²⁸ Kabakçı, s. 48.

⁵²⁹ Kabakçı, s. 143.

⁵³⁰ Baysal, s. 81.

ifadesi objektif nitelikte bir değerlendirmeye işaret ederken, “gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma” ifadesi ise sübjektif bir değerlendirmeye işaret etmektedir⁵³¹.

Kanun koyucu bu noktada net bir seçim yoluna gitmemekte, bu durum da karma performans ölçütüne yönlendirmektedir. Bu doğrultuda edim borcunun nitelik ve nicelik açısından bir bütünün parçaları şeklinde iki farklı boyutu bulunduğu ifade edilebilir. Aşağıda yer alan Yargıtay kararı da bu iki farklı boyutu vurgulamaktadır⁵³²:

“Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur.”

Bu konuda farklı yönde bir görüş niteliğinde Baysal tarafından TBK m. 400/2 hükmünün iş görme borcunun yalnızca nitel yönüne ilişkin olduğu ifade edilmiştir⁵³³. Söz konusu düzenlemeye göre işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur. Ancak, Kabakcı tarafından da ifade edilen, yukarıdaki Yargıtay kararıyla aynı doğrultuda bulunan ve katılmakta olduğum görüşe göre de edim borcunun nasıl ifa edildiğinin yanı sıra, sonuca dair belirli bir ölçütün ortaya konulması da önemlidir⁵³⁴.

⁵³¹ Caniklioğlu, s. 79.

⁵³² Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T:03.08.2021; Aynı yönde bkz; Y9HD, T. 09.03.2009, E. 2008/20570, K. 2009/6142, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

⁵³³ Baysal, s. 80.

⁵³⁴ Kabakcı, s. 63.

İşçinin yükümlü bulunduğu edimin kalitesinin ortalama performansın altında olmaması beklenirken, edimin miktarına ilişkin olarak işçinin bedeni ve fikri yeterliliğine uygun bir performans göstermesi beklenmektedir⁵³⁵. Yargıtay'ın aşağıda yer verilen kararı da işçinin bedeni ve fikri yeterliliğinin ortalama performans düzeyi saptanırken dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır⁵³⁶:

“İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmasının iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenini oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işi ile aynı veya benzer işi gören işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. İşveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.”

Baysal'a göre *“Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma”* ifadesiyle performans açısından bir alt sınır belirlenmektedir⁵³⁷. Ancak bu durum da Kabakçı tarafından da ifade edildiği üzere kendi içerisinde bir paradoks meydana getirmektedir. Bu yönde bir alt sınırın belirlenmesi halinde, alt sınırın altında kalan her işçinin geçerli nedenle fesihle karşılaşması mümkün olacak ve ortalamanın altındaki her işçinin karşılaştırma havuzundan eksilmesiyle ortalama yukarı yönlü bir eğilim olacaktır. Yükselen ortalamaların her geçen gün belli bir kesim işçiyi ortalamanın altında bırakması, iş güvencesi hükümleriyle çelişir bir niteliktedir⁵³⁸.

Bu noktada, feshin geçerliliği açısından ortalama sapmanın belli bir düzeyin üstünde olmasının aranması gerektiği de öğretide ifade edilmekte olup, bu sapmanın düzeyi tarafların menfaatlerinin denkleştirilmesi kapsamında değerlendirilmelidir⁵³⁹.

⁵³⁵ Kabakçı, s. 49.

⁵³⁶ Y9HD, T. 03.06.2008, E. 2007/7515, K. 2008/13801, www.legalbank.net, E.T: 30.07.2021.

⁵³⁷ Baysal, s. 81.

⁵³⁸ Kabakçı, s. 65.

⁵³⁹ Kabakçı, s. 65.

Yargıtay da bu noktada ortalamadan sapmanın belli bir düzeye ulaşması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁴⁰:

“Bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir, işçinin az verimli çalışması kendi isteğinden kaynaklanabileceği gibi yetersizliğinden de kaynaklanabilir.”

Yine aynı doğrultuda Yargıtay, bir sonraki başlıkta yer verileceği üzere Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında benimsenen ortalamanın üçte biri oranında altında kalınması gibi bir oranı benimsememiş, her olayı kendi somut koşulları içerisinde değerlendirmeyi tercih etmiştir. Yargıtay objektifliği temel kriter olarak belirlemekte, ancak diğer faktörleri de göz önünde bulundurmaktadır⁵⁴¹:

“İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur... Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır.”

⁵⁴⁰ Y9HD, T. 11.10.2010, E. 2009/27693, K. 2010/28547, www.legalbank.net, E.T: 02.08.2021.

⁵⁴¹ Y9HD, T. 18.10.2017, E. 2017/25049, K. 2017/16105, www.lexpera.com.tr, E.T: 22.12.2021.

Yine bu yöndeki diğer bir Yargıtay kararı da şu şekildedir⁵⁴²:

“Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kuşkusuz işçinin verim düşüklüğünün yaşlanma gibi bünyedeki doğal bir gelişime dayanması hâlinde işveren, işçinin verim ve performans düşüklüğüne katlanmalıdır. İş sözleşmesinin geçerli feshi, ancak, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile bütünüyle artık uymadığının kabul edilebildiği an mümkün olabilecektir. Ancak, verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. İşte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin çalıştığı işte çalışabilme(si) için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir.”

Görüldüğü üzere Yargıtay işçinin yaşlanması gibi bazı doğal gelişmelerin olması halinde işverene belli bir dereceye kadar katlanma yükümlülüğü yüklemektedir. Bunun yanı sıra, *“işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profil”* şeklinde oldukça dikkat çekici bir ifadeyle sübjektif değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu değerlendirme feshin son çare olması ilkesinin bir yansıması niteliğindedir. Kanaatimce de işverenin ne seviyede katlanma yükümlülüğünün bulunduğu noktasında belirli bir ölçü ya da sınır koymak her somut olayda mümkün olmayabilir.

⁵⁴² Y9HD, T. 03.06.2008, E. 2007/37515, K. 2008/13801, www.legalbank.net, E.T: 02.08.2021; Benzer yönde yargı kararı için bkz; Y9HD, T. 01.12.2009, E. 2009/8399, K. 2009/32595, www.legalbank.net, E.T: 30.07.2021; Aynı yönde bkz; Selamoğlu-Özveri, s. 224.

Örneğin, işçinin yalnızca tek bir hatası bazı işyerleri açısından tolere edilebilecek bir yetersizlik olarak görülebilir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin ağır bir şekilde ihlaline sebebiyet veren, işverenin ve işyerinin itibarı açısından önem arz eden hatalardaki yetersizlik durumunun fesih için geçerli neden teşkil etmesi de mümkündür.

Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca, iş ilişkisinin kişisel niteliği, işverenin yönetim hakkının kapsamı, iş ilişkisinin kurulması esnasında işçi ve işveren arasında gerçekleştirilen görüşme ve sözleşme süreçleri performansın daha çok subjektif bir temelde ele alınması gerektiğini düşündürmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere tamamen subjektif ölçüde bir değerlendirme yapılması hususu da sağlıklı sonuçlar vermemekte, işçinin performans düşüklüğünün geçerli bir feshe esas teşkil etmesi sürecinde de bazı objektif esaslara dayanılması gerekmektedir.

Benzer şekilde işverenin iş sözleşmesinin başlangıcı esnasında işçinin yeterliliğinin ne seviyede olduğunu tam olarak tayin etmesi mümkün olmadığı için işverenin ortalama düzeyde bir performans beklentisi içinde olacağı, subjektif ölçütlerin bu noktada yetersiz kalabileceği öğretide ifade edilen diğer bir görüştür⁵⁴³.

Konuyla ilgili diğer bir görüş de benimsenecek ölçütleri işçinin kalifiye olup olmamasına göre tespit etmektedir. Bu görüşe göre işçinin kalifiye bir çalışan olması ve işe alım sürecinde bu niteliklerinin göz önünde bulundurulması halinde performans subjektif ölçütler çerçevesinde değerlendirilebilir. Aynı görüş kapsamında, kalifiye olmayan bir işçinin performansı ise objektif esaslara göre, emsal nitelikteki işçilerin ortalama düzeyi dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁵⁴⁴. Bu görüşle aynı doğrultuda olarak, kişisel ilişkinin daha düşük seviyede kaldığı, sonuç odaklı iş ilişkilerinde

⁵⁴³ Kabakcı, s. 48.

⁵⁴⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 534; Aynı yönde bkz; Centel, s. 92; Caniklioğlu, s. 79.

performans değerlendirmesinin objektif ölçütlere göre gerçekleştirilmesinin daha isabetli olacağı da ifade edilmektedir⁵⁴⁵.

Öğretide Kabakçı'ya göre objektif ölçütler esas olmakla birlikte, subjektif performans ölçütlerinin de kullanılabilceği iki alan bulunmaktadır. Bunlardan ilki taraflar arasında performans düzeyinin ne şekilde olması gerektiğine yönelik açıkça bir kararlaştırma yapıldığı haller olup, ikincisi de işçinin kasti bir şekilde yavaş çalıştığına ya da pasif kaldığına ortaya konulduğu hallerdir⁵⁴⁶. Bu görüş kapsamında söz konusu hallerde subjektif ölçütlerin kullanılması mümkündür.

İzah edilmeye çalışıldığı üzere her iki performans ölçütü de Türk hukuk sisteminde dikkate alınmaktadır. Söz konusu ölçütler açısından iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin genel bir sınır olduğu da ifade edilmelidir. Bu kapsamda herhangi bir ölçütün tek başına benimsenmesi hatalı sonuçlar doğurabilecektir. Subjektif performans ölçütünün katı bir şekilde tatbiki, iş ilişkisinde işçi ve işveren tarafı arasında bulunan karşılıklı edim mübadelesindeki dengeyi işveren tarafı aleyhinde önemli ölçüde zedeleyebilecektir⁵⁴⁷. Aynı işte görevli olan işçilerin aynı ücretle çalıştırıldığı işlerde subjektif performans ölçütünün esas alınması da pek olası değildir. Yine benzer şekilde feshin geçerliliği denetlenirken her uyuşmazlıkta subjektif ölçütler üzerinden hareket edilmesi de pek olası değildir.

Objektif performans ölçütüne yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Bu yöndeki bir eleştiriye göre, işçi emsallerine göre daha yüksek bir iş görme yeterliliğini haiz olsa da onun ortalama düzeyde performans göstermesi, yani kendi iş görme yeterliliğinin

⁵⁴⁵ Aynı yönde bkz; Caniklioğlu, s. 79.

⁵⁴⁶ Kabakçı, s. 66.

⁵⁴⁷ Bu yönde görüşler için bkz; Kabakçı, s. 45-49.

altında bir performans ile yetinmesi objektif performans ölçütleri kapsamında iş görme borcunun ihlali anlamına gelmeyecektir⁵⁴⁸.

Bu yöndeki bir diğer eleştiri de, daha yüksek iş görme yeterliğine sahip işçinin ortalamanın üzerinde performans gösterme ihtiyacının bulunmadığını, bu durumun bir motivasyon eksikliği yaratacağını ifade etmektedir⁵⁴⁹. Kanaatimce bu düşünce tarzı hatalıdır. Her ne kadar ortalama bir düzey belirlenmiş olsa da bu düzeyin üzerine çıkan işçilerin ücret, prim gibi çeşitli mekanizmalarla teşvik edilmesi, başarının karşılığının verilmesi mümkündür. Aksine, subjektif performans ölçütlerinin belirlendiği hallerde herhangi bir teşvik olmaksızın işçi elinden gelenin en iyisini ortaya koymakla mükellef olacaktır⁵⁵⁰. Kaldı ki prim, ek ücret vs. gibi ek ücretler verilmese dahi işçinin ortalamanın üzerinde performans göstermesi, kendisinin gelecekte başka işverenler yanında daha iyi koşullarla istihdamına da katkıda bulunacaktır.

d. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Performans Değerlendirmesi ve Performansa Dair Ölçütler

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, Alman hukukunda Federal İş Mahkemesinin 2003 tarihli ve ilke niteliği taşıyan kararında⁵⁵¹, düşük performans gösteren bir işçinin iş görme yeterliliğine ilişkin olarak subjektif performans ölçütünü benimsediği görülmektedir. Karara göre, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi için gerekli olan edimin niteliği ve niceliğine ilişkin koşulların sözleşmede

⁵⁴⁸ Kabakçı, s. 48.

⁵⁴⁹ Subjektif ölçütlere yönelik görüşler için bkz; Kabakçı, s. 76-83.

⁵⁵⁰ Kabakçı, s. 89.

⁵⁵¹ BAG, 11.12.2003-AZR 667/02.

somutlaştırılmaması halinde, performans ölçütünün işçinin kişisel iş görme yeterliliği esas alınarak belirlenmesi gerekmektedir⁵⁵².

Bu yönüyle Alman hukukunda Federal İş Mahkemesi kararlarında objektif bir ölçütten ziyade, işçiden işçiye değişebilir nitelikte esnek ve sübjektif bir ölçüt benimsendiği görülmektedir. Alman Medeni Kanunu § 243'te yer alan ve çeşit borcuyla ilgili, herhangi bir çeşit borcu yükümlüsünün bu borcu "ortalama" nitelikte bir ifa ile yerine getirmesi gerektiğine yönelik olan ve objektif performans ölçütünün uygulanmasına dayanak olarak gösterilen hüküm Alman Federal İş Mahkemesince dikkate alınmamaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda bulunan söz konusu maddenin ifade ettiği husus, TBK m. 86'da da düzenlenmektedir⁵⁵³. Bu görüşün arkasında yatan düşünce de iş sözleşmesinin eser sözleşmesinden farklı olarak herhangi sonuç meydana getirme yönünde tekeffül borcu içermemesidir⁵⁵⁴.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin mezkûr kararında sübjektif performans ölçütü belirlenmesinin işverene herhangi bir şekilde keyfi davranma serbestisi vermediği, ifanın işçinin iş görme yeterliliğiyle orantılı bir şekilde yerine getirilmesi gerektiği, işçinin iş görme borcunu özenli ve iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini ihlal etmeyecek şekilde ifa etmek zorunda olduğu ayrıca belirtilmektedir⁵⁵⁵.

Ancak konu feshin geçerliliği noktasına geldiğinde, Alman hukukunun da objektif performans ölçütlerini işverenin feshi ispatı noktasında dikkate aldığı görülmektedir. Aksi takdirde işverenin düşük performans iddiasını ortaya koyması neredeyse imkânsızdır. Bu doğrultuda işveren, karşılaştırılabilir, emsal nitelikte işçilerin ortalama performans düzeyini temel alarak, sözleşmesi feshedilen işçinin bu

⁵⁵² Kabakcı, s. 43.

⁵⁵³ TBK m. 86: Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.

⁵⁵⁴ Kabakcı, s. 43.

⁵⁵⁵ Baysal, s. 91; Kabakcı, s. 43.

ortalamanın uzun süreli olarak altında kaldığını ispat etmelidir. Bu husus feshin geçerliliği açısından yeterli ve gereklidir⁵⁵⁶. Bu ortalamanın uzun süreli olarak üçte biri oranında altında kalınması, Alman hukukunda feshi sosyal açıdan geçerli kılan, önemli oranda bir performans düşüklüğü olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁷.

İşveren tarafından performans düşüklüğünün objektif ölçütlere dayalı olarak ortaya konulması halinde ise ispat yükü yer değiştirmektedir. Bu noktada işçinin de bireysel yeterliliği çerçevesinde elinden gelen çabayı gösterdiğini ortaya koyması söz konusu olursa, o zaman işveren tarafından yapılan fesih geçersiz sayılabilecektir⁵⁵⁸.

Avusturya hukukunda, işçinin bireysel iş görme yeterliliğine ve somut iş koşullarına göre değişen bir ortalama kalite ve miktarda iş görmeye yükümlü olması söz konusudur. Ancak Alman hukukuna benzer bir şekilde, Avusturya uygulamasında da feshin denetimi esnasında ilgili işçiyle aynı ya da benzer işi gören emsal nitelikteki işçilerin ortalama performans düzeyinin dikkate alındığı öğretide ifade edilmektedir⁵⁵⁹.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde her ne kadar İsviçre hukukunda iş güvencesi hükümlerinin bulunmadığı ifade edilmiş olsa da, özen borcuna ilişkin olarak söz konusu ülkedeki İsviçre Borçlar Kanunu Art. 321e OR düzenlemesinin yol gösterici olduğu değerlendirilmektedir. Söz konusu düzenlemede işçinin uyması gerekli olduğu özen derecesinin, somut işin koşullarına göre belirleneceği ifade edilmekte olup, bu husus da sübjektif performans ölçütlerinin benimsendiğini göstermektedir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Baysal, s. 91; Kabakçı, s. 44.

⁵⁵⁷ Kabakçı, s. 44; Bu değer Kirchner/Magotsch/Kremp tarafından yaklaşık %30 olarak ifade edilmiştir (Kirchner/Magotsch/Kremp, s. 142).

⁵⁵⁸ Kabakçı, s. 45.

⁵⁵⁹ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz; Kabakçı, s. 49-50.

⁵⁶⁰ Kabakçı, s. 51-52.

İngiliz hukukunda bilindiği üzere içtihat hukuku (*Case Law*) geçerli olup, hukukun esası hâkimler tarafından tayin edilmektedir⁵⁶¹. Dolayısıyla Türk hukuk sistemindeki gibi tedvin edilmiş bir hukuktan bahsetmek çoğunlukla söz konusu değildir. Mevzuat ancak münhasır alanlara özgü olup, mevzuatın mevcut olmadığı hallerde hâkimler karar serbestisine sahiptir⁵⁶². İş görme borcunun içeriği hakkında da yasal bir düzenleme olmayıp, hâkim tarafından esas olarak iş sözleşmesinde bulunan hükümler ile işin niteliği ve görüldüğü yere dair mutlak veriler dikkate alınmaktadır. Her olayda mevcut iş sözleşmelerinin ve somut koşulların hâkim tarafından değerlendirilmesi suretiyle iş görme borcunun düzeyinin ortaya konulduğu İngiliz hukukunda sübjektif değerlendirme ölçütlerinin söz konusu olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte mahkeme, çekişmeli olduğunu değerlendirdiği hususlarda objektif ölçütlerden de yararlanmaktadır⁵⁶³.

Yabancı hukuk sistemlerine ilişkin yukarıda ifade edilenler göz önüne alındığında, işçinin göstermekle yükümlü olduğu performansa dair sübjektif ölçütlerin esas alınması gerektiği yönündeki görüşlerin ağırlıkta olduğu ifade edilebilir. Kanaatimce de performans değerlendirmesinin her işçinin sübjektif yeterliliği esas alınarak düzenlenmesi ve gerçekleştirilmesi ideal olmalıdır. Ancak yine yukarıda belirtildiği üzere her işçinin sübjektif yeterliliğinin fesih esnasında ayrı ayrı dikkate alınması imkânsıza yakın bir durum olduğu için, söz konusu yabancı hukuk sistemleri objektif ölçütlerden yararlanma zorunluluğuna vurgu yapmışlardır.

⁵⁶¹ **Arthur Curti / Necdet Azak:** “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1936), C. 3, S. 0, s. 300.

⁵⁶² Curti/Azak, s. 300.

⁵⁶³ Bu konudaki görüşler için bkz; Kabakcı, s. 53-54.

e. Sonuç ve Değerlendirme

Sonuç olarak bir değerlendirme yapıldığında, kanaatimce işveren tarafının işçinin iş görme borcuna yönelik haklı bir beklentisinin bulunması oldukça makul bir düşüncedir. İşletmenin sürdürülebilirliğinin sağlanması ve ekonomik boyutta doğru bir yönde ilerlemesi, çalışanların belli bir düzeyin üzerinde performans göstermesi ve verimli çalışması gereğini haklı kılmaktadır. Yetersizlik kaynaklı fesihlerde belirleyici nitelikte olan işçinin kusurundan ziyade taraflar arasındaki karşılıklı menfaatler dengesinin bozulmasıdır⁵⁶⁴. Dolayısıyla objektif ölçütlere dayanılarak belli bir performans düzeyinin belirlenmesi önemli bir gereksinimdir.

Bu gereksinim subjektif performans ölçütlerinin tamamen dışlanması anlamına gelmemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere Alman hukukundaki gibi bir oranın baz alınmasının fayda sağlayabileceği düşünülmeyle birlikte, uyumsuzluğun somut şartları da gözden çıkarılmamalıdır. Bu doğrultuda böyle bir oran, birebir bağlı kalınacak bir orandan ziyade yol gösterici bir oran olarak dikkate alınmalıdır.

Her ne kadar ortalama verimi esas alan objektif ölçütler belirlenmiş olsa da, özellikle fesih esnasında bu ortalamadan sapmanın nedenleri subjektif boyutta ele alınmalıdır. Yargıtay'ın da yukarıda belirtilen kararlarında ifade edildiği üzere, performans ölçütlerinin işyerine özel olarak hazırlanması ve işçinin kişisel durumunun da performans değerlendirmelerinde dikkate alınması gereklidir.

Caniklioğlu tarafından ifade edilen görüşe⁵⁶⁵ benzer bir şekilde, nitelikli işçilerin performans değerlendirmesinde subjektif ölçütlerin, diğer işçiler açısından ise objektif ölçütlerin temel alındığı bir sistemin de uygulanması düşünülebilir. Bununla birlikte, feshin geçerliliğinin denetimi açısından objektif ölçütlerin yargı makamlarınca tercih

⁵⁶⁴ Kabakcı, s. 102.

⁵⁶⁵ Caniklioğlu, s. 534.

edilmesi de oldukça anlaşılabilir bir durumdur. Bu noktada gerek objektif gerek sübjektif ölçütlerin doğru ve planlı bir şekilde gerekçelendirilmesi feshin geçerliliği denetiminde büyük öneme sahiptir.

C. PERFORMANSIN ÖLÇÜLMESİ

İşçinin performans düşüklüğünün ortaya konulması açısından farklı yöntemler mevcut olup, performans değerlendirme sistemleri bunlar içinde en önemli konumdadır. Yargıtay da performansa dayanan feshe ilişkin geçerlilik denetimlerini çoğunlukla performans değerlendirme sistemleri üzerinden gerçekleştirmektedir⁵⁶⁶. Bu konuya ayrıntılı olarak aşağıda yer verileceği için, bu aşamada diğer ispat araçları üzerinde durulacaktır.

İşçinin performansının ölçülmesi açısından kullanılacak diğer ölçütlerden ilki, işçinin geçmişte göstermiş olduğu performans verileridir. İşçinin geçmişte kaydetmiş olduğu veriler ile hâlihazırdaki verilerin karşılaştırılması suretiyle işçinin yeterliliği ya da yetersizliği üzerinden bir değerlendirme yapmak mümkündür. Bu değerlendirmenin sağlıklı olması için üzerinde fikir yürütmeye yeterli seviyede performans verilerinin bulunduğu uzunlukta bir dönemin bulunması gereklidir. Oldukça kısa bir dönemin ya da işçinin nispeten kötü bir performans gösterdiği dönemin verilerini esas almak suretiyle bir değerlendirme yapılması sağlıklı sonuçlar vermeyecektir⁵⁶⁷. Yine bu kapsamda deneme süreli iş sözleşmelerinde yer alan

⁵⁶⁶ Öğretide bu husus Kabakcı tarafından Yargıtay uygulamasının Anayasa’da yer alan savunma hakkını kısıtlar noktaya geldiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Kabakcı’ya göre yetersizliğe dayalı feshin tek ispat şeklinin Yargıtay uygulamasında performans değerlendirme sistemleri olarak görülmesi yanlış bir uygulamadır. Söz konusu sistemler fesih denetimi açısından önemli işlev üstlenmekle birlikte tek ispat aracı olarak görülmemelidir (Kabakcı, s. 141).

⁵⁶⁷ Kabakcı, s. 145.

deneme dönemlerindeki verilerin esas alınabilmesi için belli bir sürenin geçirilmesi gerektiği yönündeki Yargıtay kararı da şu şekildedir⁵⁶⁸:

“İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.”

Performans değerlendirmesi kapsamında kullanılacak bir diğer yöntem de işçilerin performans düzeyinin ortaya konulmasına yönelik olarak bilirkişi niteliğinde uzman görüşüne başvurulmasıdır. İşçinin yükümlü olduğu iş görme borcunun bulunduğu alanda yeterliliği objektif olarak kabul görecektir nitelikte bir uzman, olması gereken ve olan performans verilerini karşılaştırarak bu yönde bir değerlendirme yapabilecektir. Ancak bu yöntem, yüksek masrafları ve uzman niteliğinde olan kişinin yeterliliğinin sorgulama konusu olabilmesi nedeniyle işverenlerce çok tercih edilmemektedir⁵⁶⁹.

Performans düzeyinin tespiti açısından kullanılacak diğer bir yöntem ise karşılaştırmaya tabi olan işçilerin belirli bir sıralamaya tabi tutulmasıdır. Oldukça basit bir uygulaması olan bu yöntem işçilerin işyerine olan katkıları, genel başarı düzeyleri

⁵⁶⁸ Y9HD, T. 23.10.2017, E. 2017/14784, K. 2017/16301, www.lexpera.com.tr, E.T: 04.08.2021.

⁵⁶⁹ Kabakcı, s. 147.

esas alınarak işçileri belli bir sıralamaya tabi tutmaktadır. Söz konusu yöntem işçileri sayısal bir karşılaştırma içinde ele almaması ve başarı düzeyleri arasındaki derecenin bilinmemesi gibi sebeplerle öğretilerde eleştiri konusu olmaktadır⁵⁷⁰. Bunun yanı sıra, feshin geçerliliğinin denetimi esnasında ispat açısından da yeterli güce sahip değildir. Nitekim iş performansı objektif verilere göre ortalamanın üzerinde olan bir işçinin, o işyeri içinde emsal işçiler arasında sonlarda yer alması mümkündür. İşçi, kendi işyeri haricindeki işçilerle kıyaslandığında ortalamanın üzerinde bir performans sergilemekteyken, çalıştığı işyerindeki diğer işçilerin oldukça yüksek performans ortalaması karşısında sıralamada gerilerde kalabilecektir. Böyle bir sıralamaya tabi feshin geçerliliğine şüphe ile yaklaşılacaktır.

Bu noktada çalışmamızda yer verilen son yöntem ise işverence tek taraflı olarak saptanan hedeflerdir. Ancak bu yöntem tamamen işverenin subjektif değerlendirmelerine dayanması sebebiyle öğretilerde kabul görmemektedir⁵⁷¹.

D. PERFORMANS DEĞERLENDİRME SİSTEMLERİ VE TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

İşçinin çalışmakta olduğu işin gerekliliklerini yerine getirmesi için belli eğitime, diploma, sertifika gibi belgelere sahip olması gerekebilmekle birlikte, söz konusu donanım işin verimli bir şekilde yürütülmesi için yeterli değildir⁵⁷². Bunun yanında işçinin işin gereklerine uygun bir şekilde verimli bir şekilde çalışması ve performans sunması gerekmektedir. Bu verimliliği ya da performansı sergilemekte yetersiz kaldığı hallerde performans düşüklüğü söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda söz konusu

⁵⁷⁰ Kabakçı, s. 148.

⁵⁷¹ Kabakçı, s. 149.

⁵⁷² Süzek, s. 578; Topal, s. 37.

verimlilik ya da performansın değerlendirilmesinde kusur faktörünün bir önemi olmayıp, önemli olan işçinin niteliklerine uygun bir şekilde yürütmekte olduğu işte kendisinden beklenen performansı gösterip gösteremediğidir⁵⁷³.

Bu doğrultuda performans değerlendirmesi, gelecekteki bir sürece dair belirlenen hedeflere ulaşılması maksadıyla, belirli standartlar çerçevesinde çalışanların performanslarının kıyaslanması ve değerlendirilmesi sürecidir⁵⁷⁴. Bu süreç ile hedeflenen çalışanlar içinde en düşük performans gösterenlerin işten çıkarılması değil, aksine iş sözleşmesinde sürekliliğin tesis edilmesidir⁵⁷⁵. Değerlendirme sürecinde işçiye yönelik performans gelişim programlarının işçiyle görüşmek ve ortak bir zemin oluşturmak suretiyle hazırlanması bu sürecin bir parçası olarak görülmektedir⁵⁷⁶. Söz konusu sistem ile çalışanların eksik yönlerinin tespiti, bunların düzeltilmesi, eğitim ihtiyaçlarının belirlenmesi, iş gerekliliklerine uyum gösteremeyenlerin tespiti, uyarılması⁵⁷⁷ ve kariyer planlaması ile gelişimi hedeflenmektedir⁵⁷⁸.

Performans değerlendirmesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aşağıda yer alan kararında ise şu şekilde tanımlanmaktadır⁵⁷⁹:

“Çalışanın performansının değerlendirilmesi öncelikle işyerinde kuralları önceden belirlenmiş ve çalışanlara tebliğ edilmiş bir Performans Değerlendirme Sisteminin varlığını gerektirir. Performans Değerlendirme Sistemi, kişinin işindeki performans veya başarısını, önceden bu amaçla saptanmış standartlarla karşılaştırarak o işin gereklerine göre ölçme ve değerlendirme sürecidir.

⁵⁷³ Göktaş, s. 38; Topal, s. 37.

⁵⁷⁴ Centel, s. 75; Kurt/Koç, s. 343; Tunçer, s. 90; Narter, s. 113.

⁵⁷⁵ Selamoğlu-Özveri, s. 227.

⁵⁷⁶ ILO, Underperformance, s. 14.

⁵⁷⁷ YHGK, T. 22.04.2015, E. 2013/1987, K. 2015/1246, www.hukukmedeniyeti.org, E.T:27.07.2021.

⁵⁷⁸ Tunçer, s. 90; Kaya, s. 149; Centel, s. 76.

⁵⁷⁹ YHGK, T. 22.04.2015, E. 2013/1987, K. 2015/1246, www.hukukmedeniyeti.org, E.T:27.07.2021.

Değerlendirme sistemi; hedef belirleme, değerlendirme ve geri bildirim aşamalarını taşımalı, ayrıca ulaşılabılır, ölçülebilir ve denetlenebilir olmalıdır.”

Bu süreç ile işletmede çalışanların bireysel ve kurumsal olarak performansları ölçülmekte, bu ölçüme göre de gerekli analizler gerçekleştirilerek iyileştirme adına tedbirler alınmaktadır⁵⁸⁰. Söz konusu değerlendirme bir işçinin ya da işçi grubunun işin icrasına dair güçlü ve zayıf yönlerinin ortaya çıkarılmasını sağlamaktadır⁵⁸¹. Performans değerlendirmesi işletme içi ve dışı faktörlerden etkilenmekte olup, bu yönüyle dinamik bir boyutta gerçekleştirilmektedir⁵⁸².

Örnek bir performans değerlendirme sisteminin feshin geçerliliğine esas olabilmesi için taşınması gereken şartlar bulunmaktadır.

1. Objektiflik

Performans değerlendirme sistemleri öğretilerde ve uygulamada da belirtildiği üzere objektif esaslara göre kurulmalıdır⁵⁸³. Bir Yargıtay kararında belirtildiği üzere *“İş sözleşmesinin performans düşüklüğü sebebiyle geçerli şekilde feshi için; işçiden beklenen performans düzeyi ile bu performansa ait ölçüm kriterlerinin gerek işe girişte ve gerekse zaman içinde iş ve görev tanımı çerçevesinde belirlenmesi”, “çalışanlara tebliğ edilmesi”, “performans ölçüm kriterleri*

⁵⁸⁰ Göktaş, s. 40; Caniklioğlu, s. 81.

⁵⁸¹ Göktaş, s. 40.

⁵⁸² Üzümlü/Uçkun, s. 255.

⁵⁸³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 343; Kaya, s. 149; Tulukçu, İş Güvencesi, s. 178; Boulet v Federated Xooperative Ltd Case, **Barry W Kwasniewski**: “Just Cause For Employee Dismissal: What Employers Need To Know”, Charity Law Bulletin (2009), S. 175, s. 6.

ile performans hedeflerinin belirli veya belirlenebilir, ölçülebilir, objektif ve ulaşılabılır olması” söz konusu sistemlerde bulunması gerekli koşullardır⁵⁸⁴.

Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere işçinin performansı ve verimliliğine ilişkin hususların geçerli neden teşkil edebilmesi için sübjektif değerlendirmelerden mümkün merteye uzaklaşılması gereklidir⁵⁸⁵. Objektif bir değerlendirmenin gerçekleştirilmesi için, işverenden ziyade diğer çalışanlar ve müşterilerin değerlendirmelerine yer verilmesi gerektiği öğretide önerilen hususlardandır⁵⁸⁶

Yargıtay konuya ilişkin olarak genellik ve tutarlılık yönünde bir değerlendirme de gerçekleştirmektedir. Bu yöndeki bir kararda, işçiler arasında ayrımcılık yapıp yapılmadığı yönünde yapılan bir incelemede, Yargıtay ücret artışı alan ve almayan işçilerin performans belgelerini göz önüne almış ve ücret artışının performansa dayalı yapılmadığının tespiti halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁵⁸⁷.

“İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı değinilen Yasanın 5'inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. Söz konusu fıkra metni emredici nitelikte olduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme kuralları geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

⁵⁸⁴Y22HD, T. 17.04.2012, E. 2011/14693, K. 2012/7585, www.lexpera.com.tr, E.T: 26.07.2021; Benzer yönde yargı kararı için bkz; Y9HD, T. 28.04.2008, E. 2007/35831, K. 2008/10338, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

⁵⁸⁵ Göktaş, s. 39; Centel, s.76; Dulay, s. 972; **Ramazan Tiyek / Hamza Burak Eryiğit**: “İş Güvencesi Kapsamında Performans Değerlendirme”, Mevzuat Dergisi (Şubat 2013), S:182, s. 1, <https://www.mevzuatdergisi.com/2013/02a/01.htm>, E.T: 24.12.2021.

⁵⁸⁶Baysal, s. 94.

⁵⁸⁷Y7HD, T. 30.10.2014, E. 2014/12859, K. 2014/19854, www.legalbank.net, E.T:26.07.2021.

Somut olayda, davacı kendisine ayrımcılık yapıldığını belirterek ayrımcılık tazminatı ve ücret farkını istemiştir. Davalı ise ücret artışının performansa ve farklı kriterlere göre yapıldığını davalının performansı düşük olduğundan ücret artışı yapılmadığını savunmuştur. Mahkemece yapılacak iş, davalı iş yerinde davaya konu olan zammın yapıldığı tarihte iş yerinde sürücü olarak çalışan tüm işçilerin ücret belgelerini, bordrolarını ve performans belgelerini getirmek suretiyle bir mali müşavir, bir endüstri mühendisi ve bir insan kaynakları uzmanı olmak üzere üçlü bir bilirkişi heyeti oluşturularak; ücret artışı yapılan ve yapılmayan sürücü olarak çalışan işçilerin performansları karşılaştırılarak bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve performanslar belirlenerek gerçekten ücret artışı yapılan sürücü olarak çalışan işçilerin performanslarının davacıdan ve ücret artışı yapılmayan diğer sürücü işçilerden daha yüksek olduğunun anlaşılması halinde fark alacak talepleri ile şimdiki gibi ayrımcılık tazminatı isteminin reddine, karar vermektir. Ancak ücret artışlarının performansa dayalı yapılmadığı anlaşılır ise ayrımcılık tazminatı talebi ile şimdiki gibi fark alacak taleplerinin kabulüne karar vermek gerekmektedir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

2. İşin ve İşyerinin Niteliğine Uygunluk

Performans değerlendirme sisteminin işyeri ya da işletmeye uygun şekilde belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁸⁸. Belli bir işyerinde sağlıklı sonuçlara ulaşmayı sağlayan performans değerlendirme sisteminin başka bir işyeri için doğru sonuçları

⁵⁸⁸ Süzek, s. 579; Centel, s. 76; Baysal, s. 95; Dulay, s. 972; Tiyek/Eryiğit, s. 1.

vermemesi muhtemel bir durumdur. Yargıtay da bu yöndeki bir kararında performans ve verimlilik standartlarının işyerine özgü olması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁸⁹.

İşçilerin karşılaştırılması esnasında, ifa edilen işin niteliği somut ve açık bir şekilde netleştirilmelidir⁵⁹⁰. Nitekim birbirinden oldukça farklı nitelikte yazılım ve programların bulunduğu bilgisayar mühendisliği alanında, farklı programlar üzerinde çalışan mühendisleri kıyaslamak hatalı sonuçlar verebilecektir.

İşin görüldüğü yerin de kıyaslama açısından belirleyici bir rolü olup, işyerinin ölçeği ifa edilen işin sonuçları üzerinde etki yaratabilmektedir⁵⁹¹. Örneğin teknolojinin daha yoğun ölçekte kullanım alanı bulduğu büyük işyerlerinde temel alınacak olan performans değerlendirmesi ile emeğin daha yoğun bir öneme sahip olduğu işyerlerinde temel alınacak olan performans değerlendirmesinin farklı olması akla daha uygundur. Bu doğrultuda kıyaslamada mümkün mertebe benzer nitelikte işyerlerinin esas alınması gereklidir.

3. Gerçekçi ve Ulaşılabilir Kriter Belirlenmesi

Performans değerlendirme sistemlerinin sahip olması gereken bir diğer özellik ise işçi açısından gerçekçi, ulaşılabilir kriterleri haiz olmasıdır⁵⁹². Kriterler hakkaniyete uygun olmalıdır⁵⁹³. Gerçekçi nitelikte olmayan ölçüm kriterlerinin geçerli nedene dayalı feshe bir dayanak teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir. Hemen yukarıda

⁵⁸⁹ Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T:03.08.2021; Aynı yönde bkz; Y22HD, T. 18.10.2016, E. 2016/21027, K. 2016/23554, www.lexpera.com.tr, E.T:26.07.2021; Aynı yönde bkz; Kaya, s. 157; **Cumhur Sinan Özdemir**: “Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Terazi Hukuk Dergisi (Ağustos 2010), C. 5, S. 48, s. 155; Kurt/Koç, s. 343.

⁵⁹⁰ Baysal, s. 85.

⁵⁹¹ Süzek, s. 579; Baysal, s. 86.

⁵⁹² Centel, s. 76; Özdemir, s. 160; Benzer yönde yargı kararı için bkz; Y22HD, T.19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T:03.08.2021.

⁵⁹³ Kaya, s. 149.

yer verilen Yargıtay 22'nci Dairesinin kararında da performans değerlendirmesine ilişkin şu esaslar yer almaktadır:

“Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek geçerli sebebi kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden tespit edilmeli, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar çalışandan gerçekleştirmesi beklenen kişisel gelişim hedeflerinde kriterler esas alınmalıdır. Başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif, somut olarak ortaya konmalı, buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli, uygulanmalıdır.”

Yargıtay yine benzer yönde bir kararında, asıl işi ürünü tanıtmak olan işçilerin, kendilerinden bağımsız nitelikte birden fazla parametreye bağlı satış rakamlarının düşmesinden sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir⁵⁹⁴.

4. Kriterlerin İşçilerce Bilinmesi ve Öngörülebilir Olması

Performans değerlendirme sistemlerinde bulunan kriterlerin işçi tarafından önceden bilinmesi bu kapsamda ona tebliğ edilmiş olması gereklidir⁵⁹⁵. Kriterler işçi açısından bilinebilir ve öngörülebilir olmalıdır⁵⁹⁶. Önceden belirlenmemiş ve işçinin

⁵⁹⁴ Y9HD, T. 02.07.2015, E. 2015/14407, K. 2015/23883, www.lexpera.com.tr, E.T: 27.07.2021.

⁵⁹⁵ Selamoğlu-Özveri, s. 213; Kaya, s. 157; Dulay, s. 972; Tiyek/Eryiğit, s. 1.

⁵⁹⁶ **Gizem Yılmaz:** “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Performans Düşüklüğü Nedeniyle Feshi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Nisan 2020), C.5, S. 1, s. 3714; Benzer yönde yargı kararı için bkz; Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T: 03.08.2021.

bilgisine sunulmamış değerlendirme esaslarının işçi açısından bağlayıcı bir niteliği mevcut değildir⁵⁹⁷. Tebliğ edilmemiş kriterlerden dolayı feshin geçersizliğine ilişkin Yargıtay kararı da şu şekildedir⁵⁹⁸:

“Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. 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. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

Somut olayda davacının 3 kez performans iyileştirme sürecine alındığı görülmekte ise de; dosya kapsamında, davacının ilk performans iyileştirme sürecine alınma nedeni, davalı tarafça belirlenen hedeflerin hangi kriterlere göre belirlendiği ve bu hedeflerin davacıya tebliği hususları ile ilgili olarak davacının performansına ilişkin objektif değerlendirmeye dayalı bilgi ve belge bulunmadığı görülmekle yapılan feshin geçerli sebebe dayanmadığının anlaşılmasına göre davacının işe iade talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine ilişkin hüküm kurulması isabetsiz olmuştur.”

⁵⁹⁷ Centel, s. 76.

⁵⁹⁸ Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T: 27.07.2021.

Performans kriterleri, her işyerinin kendi şartlarına ve yapılan işin ve işçinin niteliğine uygun olarak işveren tarafından belirlenir⁵⁹⁹. Genel olarak bir yıllık periyotlarda gerçekleştirilen performans değerlendirmelerinde, çalışanın görev tanımı da dikkate alınarak işçinin özellik ve yeteneklerine uyan bir standart tespit edilmelidir⁶⁰⁰. Bununla birlikte performans düzeyinin ve ölçüm kriterlerinin belirlenmesi, iş görme yükümlülüğünün değişebilen doğası gereğince belli bir güçlük içermekte ve mutlak bir objektifliği sağlamak da mümkün olmamaktadır⁶⁰¹.

İşverenin bu manada farklı kriterleri benimsemesi mümkün olup, hâkimin neden belirli bir sistemin benimsendiğine yönelik inceleme yapması söz konusu değildir. Hâkimin incelemesi gereken husus, sistemin yeterli açıklığa sahip olup olmadığı ve kriterlerin gerçekte karşılanıp karşılanmadığıdır⁶⁰².

İşçinin ifa ettiği iş açısından düşük performans göstermesi, iş sözleşmesinin başlamasından önce işveren tarafından bilinen ya da öngörülen bir durum ise, söz konusu performans düşüklüğünün geçerli nedenle feshe dayanak teşkil etmeyeceği öğretide ifade edilmektedir. Ancak işveren tarafından bilinen ya da öngörülen seviyenin de altına düşülmesi halinde farklı bir değerlendirme söz konusu olacak, bu durum geçerli nedenle feshe dayanak oluşturabilecektir⁶⁰³.

5. Değerlendirme Süresinin Makul Olması

Performans değerlendirmesi neticesinde işçinin performansında azalma ya da düşmeye yönelik bir sürekli eğilim bulunmalıdır. Yargıtay kararında da ifade edildiği

⁵⁹⁹ Gökteş, s. 39; Kurt/Koç, s. 343; Dulay, s. 977; **Fevzi Demir**: Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:98, Sorularla Hukuk Dizisi: 2, C:1, Ankara 2006, s. 366.

⁶⁰⁰ Demir, Fevzi, s. 366; Topal, s. 38.

⁶⁰¹ Kabakçı, s. 121.

⁶⁰² Dulay, s. 971.

⁶⁰³ Baysal, s. 87.

üzere koşullara göre değişiklik gösteren, sürekli nitelikte olmayan sonuçlar geçerli fesih açısından yeterli olmayabilir⁶⁰⁴. Arızı nitelikteki düşüşler geçerli neden teşkil etmemektedir⁶⁰⁵. İşçinin hayatında meydana gelen bir yakınının ölümü, boşanma gibi özel ilişkilerine dair problemler, kazalar ya da sağlık sorunları gibi belirgin olaylar performansta ani düşüslere sebep olabilmekte olup, bu durumlar işverence geçici düşüş kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁰⁶. Bu hususu çalışmamızın önceki aşamalarında da ifade edilen olumsuz öngörü ilkesiyle bağdaştırmak mümkündür⁶⁰⁷. İşçi, performansının giderek düşmeye devam edebileceği, düzelme ya da yükselme emaresi göstermediği yönünde işverende olumsuz yönde bir beklenti meydana getirmektedir. Ancak bu durumun yine kararda ifade edildiği üzere koşullara göre değişiklik göstermeyen bir nitelikte olması gereklidir.

Bu noktada değinilmesi gerekli bir diğer husus da işçinin belli bir süreçte kendisinden beklenen performansın oldukça üstüne çıkması, ardından da bu seviyeyi koruyamayarak ortalama düzeyde bir performans göstermesidir. Öğretide bu durum hakkında, çalışmamızın önceki kısımlarında da ifade edildiği üzere işçinin ortaya koyabileceği en yüksek çabayı göstermemesi doğrultusunda geçerli nedenle feshin gündeme gelebileceği, ancak bu hususta işveren tarafından sağlam bir gerekçelendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰⁸. Yargıtay tarafından bu yönde verilen bir karar yön gösterici nitelikte olup, şu şekildedir⁶⁰⁹:

⁶⁰⁴ Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T:03.08.2021; Aynı yönde görüşler için bkz; Dulay, s. 977; Uysal İbat, s. 11.

⁶⁰⁵ Alp / Korkmaz, s. 205; Centel, s.76; Kaya, s. 148; İspanyol hukukunda da düşüşlerin sürekli nitelikte olması aranmaktadır (Topal, s. 44).

⁶⁰⁶ ILO, Underperformance, s. 10.

⁶⁰⁷ Narter, s. 114; Yılmaz, s. 3705; Centel, s.76.

⁶⁰⁸ Baysal, s. 88.

⁶⁰⁹ Y9HD, T. 26.03.2018, E. 2017/21990, K. 2018/6271, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021; Aynı yönde diğer bir yargı kararı için bkz; Y9HD, T. 09.03.2009, E. 2008/20570, K. 2009/6142, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

“Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek basma geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.”

6. İşyeri Koşullarının Dikkate Alınması

Performans düşüklüğünün geçerli neden teşkil edebilmesi için işçinin bu yönde performansında düşüş yaşamasının arkasında kendi iradesinin dışında geçerli nedenlerin bulunmaması, işverenin yaşanan performans düşüklüğünü ve bu yönde almış olduğu tedbirleri ortaya koyması gereklidir. İşyerindeki “yaşam kalitesi” ya da kalitesizliği de işçinin performansı üzerinde önemli etkiye sahiptir⁶¹⁰. Yargıtay kararına konu olan bir olayda da bu husus vurgulanmıştır:

“Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesinin performans düşüklüğü gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının performans düşüklüğüne dayanılmasına rağmen yukarıda belirtilen yasal düzenleme uyarınca fesihten önce savunması istenmemiştir. Davalı işveren davacının savunma vermektan imtina ettiğine ilişkin tutanak sunmuşsa da tutanakta imzası olan davalı tanığı bu konudaki bilgisinin duyuma dayalı olduğunu belirtmiştir. Mevcut olgulara göre davacıdan usulüne uygun savunmasının istendiği kanıtlanmış değildir. Kaldı ki, bilirkişi raporuna davacının iş sözleşmesi feshedildikten sonra bir takım iyileştirmeler yapıldıktan sonra ücretinin miktarının arttığı anlaşıldığına göre enjeksiyon parametreleri iyileştirilerek üretim miktarının artırıldığı, mevcut kalıp şartlandırmalarının devreye alınarak üretimde

⁶¹⁰ Süzek, s. 578.

yaşanan itici izlerinin yok edildiği, üretilen paralardan çapak oluşumunun kalıp altına pul takviyesi yapılarak giderildiği, kalıp ayırıcı, kalıp temizleme ve kalıp koruyucularının değiştirildiği yapılan bu değişikliklerle üretim hatalarının minimize edildiği, değişiklikler sonucu operatör sayısının da azaltıldığı anlaşılmaktadır. Davacı da bir takım eksiklikler konusunda daha önce uyarıda bulunduğunu belirtmiştir. Bilirkişi tarafından tespit edilen ve fesihten sonra giderildiği belirtilen eksikliklerden dolayı davacının performansında meydana gelen düşüş fesih nedeni yapılamaz. Başka bir anlatımla davacının performansı şahsından değil, işyerinden kaynaklı bazı dış faktörlerden etkilenmiştir. Buna göre davacı işçinin performans düşüklüğü objektif olarak belirlenmiş olmadığından feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek basma geçerli neden olmamalıdır, işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir⁶¹¹.”

⁶¹¹ “Dosya içeriğine göre; davacının, davalı işyerinde tanıtım sorumlusu olarak çalıştığı sabittir. Davacının iş akdi, iş yapış şekillerindeki eksikliklerinin ihtarlara ve gelişim planları uygulanmasına rağmen düzelmemesi, aynı işi yapan tıbbi tanıtım mümessillerine göre başarısız olması sebebiyle, velhasıl performans yetersizliğine binaen feshedilmiştir. Dosyaya ibraz edilen 12.09.2012, 12.02.2013 ve 24.09.2013 tarihli savunma taleplerinin IMS verilerine göre performans düşüklüğüne ilişkin olup, buna göre davacıya yazılı uyarıların verildiği görülmüştür. Davacının yaptığı iş ilaç ve sağlık ürünlerinin eczane, hekim gibi çevrelere gerçekleştirilen ziyaretlerle tanıtımının yapılmasıdır. İşverenin ürünlerinin satış rakamlarını bölgelere göre gösteren IMS verileri, bu tür bir işi yapan işçinin performansının yeterlilik seviyesi hakkında gerçek bir gösterge sayılamaz. Tıbbi tanıtım işinin programına göre gerektiği şekilde yerine getirilmesi durumunda dahi, resmi olarak ilaçların reçeteye yazılıp yazılmaması konusunda yasal düzenlemeler, başka firmaların rekabet koşulları, rakip ve muadil ürünlerin özellikleri, tanıtım işini yapan işçinin bölgesinin niteliği gibi birçok etkene bağlı olarak, firmanın ilaçlarında beklenen satış düzeyinin elde edilememesi mümkündür. Açıklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmamaktadır.” Y9HD, T. 09.03.2009, E. 2008/20570, K. 2009/6142, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

7. Değerlendirme Kapsamına Alınacak İşçi Grubu

İşçinin ortaya koyduğu iş görme borcunun başka işçilerle kıyaslanması esnasında, dikkate alınacak başka işçilerin niteliklerinin de ortaya konulması gereklidir. İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde "ortalama" ifadesi yer almakta olup, bu ifadeden anlaşılması gereken söz konusu işçi ile benzer işi ifa eden işçilerin ortalaması olmalıdır. İşçinin farklı işi ifa eden işçilerle birlikte ele alınarak, ortalamanın altında ya da üstünde iş gördüğünün ifade edilmesi mümkün değildir.

Karşılaştırmaya esas alınan işçi grubunun nasıl teşkil edildiğinin şeffaf bir şekilde ortaya konulması, emsal nitelikte bir işçi kapsam dışı bırakıldıysa bunun hangi gerekçelerle yapıldığının işverence izah edilmesi gereklidir⁶¹². Diğer işçilerin belirlenmesi esnasında o işyeri ya da işletme özelinde mi, yoksa daha geniş kapsamda ülkede çalışan işçilerin mi esas alınacağı hususu da netleştirilmelidir.

Öğretide yer alan ve katılmakta olduğum görüşe göre, esas alınması gereken emsal nitelikteki işçiler, aynı işyerinde benzer nitelikteki işleri gören işçiler olmalıdır⁶¹³. Ancak gerçekleştirilen karşılaştırmaların daha sağlıklı ve sağlam sonuçlar verebilmesi adına, özellikle küçük işyeri ve işletmelerde ortaya çıkabilecek hatalı sonuçların engellenmesi için mümkün olan en fazla sayıda işçiyi içeren bir havuzun dikkate alınması isabetli bir yaklaşım olacaktır⁶¹⁴.

Nitekim söz konusu işyeri ya da işletmede işçinin ifa etmekte olduğu işi ya da benzerini ifa eden bir işçinin bulunmaması ya da oldukça az olması halinde bu yönde bir kıyaslama yapmak zor olacaktır. Bu doğrultuda benzer işi ifa etmekte olan işçiler

⁶¹² Kabakcı, s. 125.

⁶¹³ Narter, s. 112; Baysal, s. 84; Tiyek/Eryiğit, s. 1.

⁶¹⁴ Kabakcı, s. 125; Baysal, s. 84.

arasında, çok düşük ya da çok yüksek nitelikte performans gösteren işçilerin kapsam dışında bırakılması kanaatimce kıyaslamamanın daha doğru olmasına imkân tanıyacaktır.

Öğretide yüksek performans gösteren işçilerin karşılaştırma kapsamının dışında bırakılmasının haksız sonuçlar doğurabileceği, ne derecede yüksek performansın kapsam dışı bırakılacağına işverence tespit edilmesinin mümkün olmadığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır⁶¹⁵. İşverence aşırı uç örneklerin tespitinde yaşanacak güçlüğe katılmakla birlikte, gerek aşırı yüksek gerekse aşırı düşük performans verilerinin kapsam dışı bırakılmasında fayda bulunduğunu değerlendirmekteyim.

Yargıtay ise bu noktada aynı işi yapanlar arasında objektiflik gereği herhangi bir ayrıma gidilmemesi gerektiğini kararlarında ifade etmektedir⁶¹⁶. Dolayısıyla söz konusu kararlardan Yargıtay'ın yüksek ya da düşük anlamda uç performans gösteren çalışanların ortalama hesabından ayrı tutulabileceğine dair bir anlayışı kabul etmediği değerlendirilmektedir.

Belli bir işçi grubu esas alınarak gerçekleştirilecek kıyaslamada, yapılan işin niteliğinin, işçiye dair yaş, tecrübe gibi bazı belirleyici özelliklerin de dikkate alınması gereklidir⁶¹⁷. Nitekim ifa ettiği iş açısından tecrübe sahibi işçi ile tecrübesi düşük olan işçi arasında bir kıyaslama yapılması uygun olmayacaktır. Benzer bir şekilde, özellikle bedeni gücün önem arz ettiği işlerde yaşlı bir işçi ile genç bir işçinin aynı performansı sergilemeleri beklenen bir durum değildir. Bu durumun tam tersi de fikir gücünün önem arz ettiği işler açısından geçerlidir⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Kabakcı, s. 124.

⁶¹⁶ Y9HD, T. 18.10.2007, E. 2016/25049, K. 2017/16145, www.legalbank.net, E.T: 13.12.2021; Aynı yönde bkz; Y9HD, T. 09.03.2009, E. 2008/20570, K. 2009/6142, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

⁶¹⁷ Narter, s. 112; Baysal, s. 85.

⁶¹⁸ Uysal İbat, s. 12; Baysal, s. 86.

E. PERFORMANS DÜŞÜKLÜĞÜNÜN İSPATI

Performans düşüklüğünün ispatı, çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere kolay bir husus olmayıp, bu noktada performans değerlendirme sistemleri önemli bir işlev üstlenmektedir⁶¹⁹. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu kararlardan birisi de bu öneme işaret etmektedir⁶²⁰:

“...performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. 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. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.”

İşverenin performans düşüklüğünün geçerli neden teşkil ettiğine yönelik iddiasını ortaya koyması, ispatlaması açısından bu husus önem arz etmektedir. Nitekim verimsizliğe ya da performans düşüklüğüne ilişkin fesihlerde ispat yükü

⁶¹⁹ Kurt/Koç, s. 343.

⁶²⁰ Y22HD, T. 19.11.2018, E. 2018/14692, K. 2018/24703, www.legalbank.net, E.T:03.08.2021; Y9HD, T. 28.04.2008, E. 2007/35831, K. 2008/10338, www.legalbank.net, E.T: 26.07.2021.

işveren üzerindedir⁶²¹. Bu kapsamda benzer konumdaki çalışanlara eşit nitelikte ve aynı süreçte uygulanan değerlendirmeye ilişkin sonuçlar kayıt altında tutulmalıdır⁶²².

İş Kanunu m. 18 gerekçesinde de ifade edilen ortalamanın altında kalınması hususunda, ne kadar düşük performans gösterilirse geçerli nedenle feshin söz konusu olacağı da öğretide tartışılan noktalardan birisidir. Alman hukukunda bu husus, çalışmamızda daha önce değinildiği üzere ortalamanın önemli ölçüde altında kalınması şeklinde ifade edilmiştir. Bu noktada objektif bir değerlendirmeye gidildiği görülmektedir. Türk hukukunda bu noktada somut bir belirlemeye gidilmemiş olup, esas alınan kriter iş ilişkisinin işveren açısından katlanılamayacak bir seviyeye ulaşip ulaşmadığıdır⁶²³. İşçinin pozisyonu, aldığı ücret, performans düşüklüğünün seviyesi ve ne kadar bir süre devam ettiği bu seviyenin belirlenmesinde değerlendirilmesi gerekli ölçütlerdendir.

İlgili ölçümlerin ispatlanabilir nitelikte olması örnek bir performans değerlendirme sisteminde aranan bir koşuldur. Bu kapsamda nicelik açısından ölçülebilir sonuçların söz konusu olduğu işlerde ispatlanabilir verilerin ortaya konulması, avukatlık gibi somut sonuçlar elde etmenin her zaman mümkün olmadığı işlere göre daha müsaittir⁶²⁴.

Performans değerlendirmeleri Yargıtay tarafından yetersizliğin ispatı açısından her ne kadar önemli olarak görülse de, tek ispat mekanizması değildir. Ancak Yargıtay'ın bu konuya vermiş olduğu değer, performans değerlendirmesi uygulanmayan işyerlerinde yetersizliğe dayalı feshi kısıtladığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır⁶²⁵. Kanaatimce bu eleştiri haklı olmakla birlikte, performans

⁶²¹ Demir, Fevzi, s. 366.

⁶²² Kwasniewski, s. 7; Kurt/Koç, s. 339; Kaya, s. 150; Dulay, s. 977.

⁶²³ Baysal, s. 89.

⁶²⁴ Baysal, s. 95.

⁶²⁵ Kabakçı, s. 118.

değerlendirme sistemlerinin feshin geçerliliğinin ispatı için yeterlilik ya da geçerlilik koşulu olmadığı, yalnızca ispata yarayan bir araç olduğu gerçeği gözden çıkarılmamalıdır. Yeterli ispatın işverence hukuka uygun başka vasıtalarla ortaya konulması halinde de yargı makamlarınca feshin geçerliliği yönünde karar verilmelidir.

F. KANUN GEREKÇESİNDE BELİRTİLEN DİĞER MESLEKİ YETERSİZLİK HALLERİ

1. İşe Yatkın Olmamak

İnsan tabiatının bir gereği olarak işçinin her işe yatkın olması mümkün bir durum değildir. İşçinin kişisel gelişim sürecinde ilgi duyduğu alanların farkına vararak bu alanlarda çalışmaya yönelmesi ve işverenin de işe alım sürecinde işin gerekliliklerine uygun nitelikte işçileri tercih etmesi iş barışı ve çalışma düzeni açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır. Her ne kadar işçinin işe yatkın olup olmadığı her koşulda tespit edilemeyecek olsa da⁶²⁶ sözleşme öncesi yürütülen ve doğru yönetilen mülakat süreçleri ile bazı işaretlere ulaşmak mümkündür. Nitekim işe alım süreci doğru yönetilemediği takdirde, bu noktada yaşanan eksiklikler zaman içerisinde kendini gösterecektir⁶²⁷.

Bu kapsamda İş Kanunu m. 15'te düzenlenen, taraflarca anlaşılması halinde iki aya kadar belirlenebilen ve toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar uzatılabilecek

⁶²⁶ Centel, s. 83; İşçi adaylarının işe alım sürecine işe girmek için olumlu yönlerini ön plana çıkarması ve olumsuz yanlarını gizlemeye çalışması neticesinde, işveren işe yatkın kişi tespit etme aşamasında risk üstlenmektedir (Kabakçı, s. 38).

⁶²⁷ Narter, s. 114; Centel, s. 83.

deneme süreli iş sözleşmeleri işçinin işe yatkınlığının tespiti açısından işçi ve işveren tarafı için yararlı bir müessese konumundadır.

2. Öğrenme ve Kendini Geliştirmede Yetersizlik

İşçinin işini uygun bir şekilde ifa etmesi için belirli bir mesleki donanımına sahip olması gereklidir. İşçinin işe alındığı dönemde belli bir donanımına sahip olması gereğinin yanı sıra, zaman içinde yaşanan organizasyonel değişiklikler ve teknolojik gelişmeler kapsamında kendini mesleki açıdan yeterli seviyede bulundurması da aranan bir şarttır. Bu husus gerek işin verimli bir şekilde icra edilmesi, gerek iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulması açısından önemlidir. Ancak bu gereklilik her zaman karşılanmamakta olup, işçinin gerekli mesleki donanımına sahip olmaması da karşılaşılabilecek durumlardan birisidir. Bu bağlamda işçinin kendini geliştirmek için çaba sarf etmesi, işverenin de fesih yoluna başvurmadan önce bu yetersizliği gidermek için gerekli ve makul tedbirleri alması gereklidir⁶²⁸. Buna paralel olarak söz konusu yetersizliğin düzeltilmesi adına işçiye bir adaptasyon süresi tanınmasının uygun olacağı da öğretide ifade edilmektedir⁶²⁹. Bu kapsamda alınabilecek diğer tedbirlere örnek olarak işçinin adaptasyon süresinin uzatılması, işçinin daha düşük nitelikte bir pozisyonda çalıştırılması da gösterilebilir⁶³⁰. Bu husus çalışmamızın önceki kısımlarında da ifade edildiği üzere feshin son çare olması ilkesinin yansımasıdır.

Ancak işveren tarafından gerekli ve kendisinden beklenebilir önlemlerin alınmasına rağmen söz konusu yetersizliğin devam etmesi ve bu yetersizliğin işin

⁶²⁸ Tulukçu, İş Güvencesi, s. 178; Narter, s. 114; Kurt/Koç, s. 348.

⁶²⁹ Topal, s. 39.

⁶³⁰ Sturgeon, s. 23; ILO, Underperformance, s. 19.

verimli bir şekilde yürütülmesine olumsuz tesirde bulunması halinde geçerli nedene dayalı fesih söz konusu olabilmektedir.

3. Uyum Yetersizliği

İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde belirtilen diğer mesleki yetersizlik hallerinden birisi de uyum yetersizliğidir. Her işyerinin kendi içerisinde bir çalışma düzeni, zamanla oluşan bir ahengi bulunmaktadır. İşçi söz konusu durumda, gerekli mesleki donanıma sahip olmakla birlikte işyerinin, işyerindeki çalışma arkadaşlarının çalışma düzenine uyum sağlayamamaktadır. Bu yetersizliğin sebebi oldukça geniş bir çerçevede bulunabilir. Çalışma saatlerinin, çalışma yoğunluğunun, çalışma ortamının işçiyi zorlaması; işçinin çalışma arkadaşlarıyla sağlıklı iletişim kuramaması; işçinin ikamet ettiği yerden çalışma ortamına ulaşımının zor olması uyum yetersizliğine sebebiyet verebilir.

Bu noktada dürüstlük ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılması ve ortalama bir insanın somut iş ve işyeri koşullarına uyum sağlama süresinin dikkate alınması uygun olacaktır⁶³¹.

4. İşe Yoğunlaşmanın Azalması

İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde yer alan diğer mesleki yetersizlik hallerinden birisi de işe yoğunlaşmanın azalmasıdır. Bir işin uygun şekilde ifası, iş üzerinde belli bir yoğunlaşmayı gerekli kılabilir⁶³². İş için gerekli olan yoğunlaşmanın azalması halinde ise işçi verimli şekilde çalışamayacak, bu durum da işçinin işi ile ilgili olmayan

⁶³¹ Topal, s. 40.

⁶³² Centel, s. 82.

aktivitelerle meşgul olmasına yol açacak, çalışma düzeninin olumsuz şekilde etkilenmesine ve iş sağlığı ve güvenliği açısından istenmeyen hadiselerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir⁶³³.

Bu durum kişinin kendisinden kaynaklanabileceği gibi, çalışma ortamında mevcut bazı olumsuzluklar da buna sebep olabilir⁶³⁴. Söz konusu yoğunlaşmanın azalmasının işçiden kaynaklanması halinde geçerli nedenle fesih söz konusu olabilir⁶³⁵.

G. ÖĞRETİDE YER VERİLEN DİĞER MESLEKİ YETERSİZLİK HALLERİ

1. İşçinin Sahip Olması Gereken Yasal İzin ve Ehliyetin Yokluğu

a. Genel Olarak

Ülkemizde bazı çalışma alanlarında iş görme yetkisini haiz olmak için sahip olunması gerekli belge, sertifika, ehliyet, izinler ve benzeri bulunmaktadır. Söz konusu belgeler olmadan o işin görülmesinin mümkün olmadığı, yasal açıdan bir kısıtlamanın bulunduğu durumlar mevcuttur. Dolayısıyla bu yöndeki eksiklikler işçinin yeterliliği konusunu gündeme getirmektedir.

Bu belgelere örnek olarak sürücü ehliyeti, pilotluk lisansı, yabancı dil sertifikaları ve yabancı işçiler için öngörülen çalışma izni ile ikamet izni gösterilebilir. Sayılan örneklerdeki belgelerin resmi ya da özel yetkili bir kurumdan alınması mümkün olabilir.

⁶³³ Narter, s. 114.

⁶³⁴ Topal, s. 38; Kurt/Koç, s. 348.

⁶³⁵ Narter, s. 114.

İşçinin sahip olması gereken yasal izin ve ehliyetin yokluğu halini hem mesleki yetersizlik hem de fiziki yetersizlik olarak değerlendirmek mümkündür. Özellikle belli bir işin görülmesi açısından özel bir sağlık şartına sahip olunması gerekli hallerde fiziki yetersizlik olarak değerlendirmek daha uygundur. Ancak gerekli sağlık şartının sağlanması dışındaki hallerin mesleki açıdan bir yetersizlik olduğu değerlendirildiği için konu işçinin mesleki yetersizliği başlığı altında incelenmiştir.

b. Gerekli Yasak İzin ya da Ehliyetin Niteliği

Belirtilen belge, izin ya da ehliyet o işin görülmesi açısından en temel nitelik olabileceği gibi, işveren tarafından arzu edilen, tercih sebebi olan bir nitelik de olabilir. Bu kapsamda feshin geçerliliği denetimi gerçekleştirilirken bu niteliklerin işin görülmesi açısından nasıl bir işlev gördüğünün önemi bulunmaktadır. İşçinin sahip olması gereken belgenin, yasal iznin ya da ehliyetin işin görülmesi açısından zorunlu olduğu hallerde işçinin yetersizliği daha net ve somut bir şekilde gündeme gelmektedir. Diğer hallerde ise feshin geçerlilik denetimi işin görülmesinin ne derecede olumsuz etkilendiği ve işveren açısından iş ilişkisini sürdürmenin beklenip beklenemeyeceği noktasında çözümlenmektedir.

Fesih nedeni açısından da farklı değerlendirmelerin yapılması mümkündür. Söz konusu yasal izin ya da ehliyetin yokluğunun İş Kanunu m. 18 ya da m. 25 kapsamında geçerli ya da haklı fesih teşkil etmesi mümkündür. Buna ilişkin değerlendirmenin somut olayın koşullarına göre gerçekleştirilmesi gereklidir. Yargıtay'ın buna ilişkin değerlendirmesinin yer aldığı karar şu şekildedir⁶³⁶:

⁶³⁶ Y7HD, T. 11.12.2013, E. 2013/25992, K. 2013/21827, www.legalbank.net, E.T: 10.08.2021.

“Somut olayda, davacı, davalı işyerinde tıbbi tanıtım mümessili olarak çalışmakta iken toplantı dönüşü alkollü araç kullanmış ve ehliyetine el konulmuştur. Davacı ehliyetsiz araç kullanmaya devam etmiştir. Davacının ehliyetine altı ay el konulması nedeniyle geniş bir bölgede yaptığı ilaç temsilciliği görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği açıktır. Davacının kusuruyla sebep olduğu bu durum işin yürütümünü bozucu nitelikte olup işverenden davacı ile iş ilişkisini yürütmesi beklenemez. Ayrıca davalı işveren haklı fesih iddiasında bulunduğu için savunma almasına gerek görülmediğinden, iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü için haklı fesih öncesi savunma alınmaması iş akdinin feshini geçersiz hale getirmez. Keza davacının Bölge Müdürü ve diğer çalışanlarla birlikte yemek yemeleri sırasında hep beraber alkol almaları davacıya şirket aracını alkollü olarak kullanma hakkı vermez. Davacının eylemi fesih için haklı neden ağırlığında değil ise de, geçerli neden teşkil etmektedir. Bu nedenle davanın reddi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

Konuyu yine sürücü belgeleri açısından inceleyen Aydın’a göre işçinin görevinin şoförlük olduğu durum ile göreviyle ilgili olarak araç kullandığı hallerde sürücü belgesine el konulması farklı niteliktedir. Görevi şoförlük olan işçinin sürücü belgesine el konulması borçlunun temerrüdü niteliğindeyken, görevi ile ilgili araç kullanan işçinin sürücü belgesine el konulması halinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumu söz konusu olmaktadır. Bu görüş uyarınca satış temsilcisi gibi, göreviyle ilgili araç kullanan çalışanın sürücü belgesine el konulması haklı fesih ağırlığında değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte görevi doğrudan şoförlük olan

çalışanın sürücü belgesine el konulması, somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir birlikte haklı fesih nedeni teşkil edebilecektir⁶³⁷.

Diğer bir Yargıtay kararında da esas iş görme borcu araç kullanmak olan işçinin “*mesai saatleri dışında özel aracını kullanmakta iken, ehliyetine el konulduğu sonrasında yine aynı duruma bağlı olarak el konulduğu ve iki yıl boyunca trafikten men edildiği davacının ehliyetine el konulması sebebiyle iki yıl boyunca iş görme ediminin yerine getirmesinin mümkün olmadığı*” ifade edilmektedir. Bu kapsamda yapılan incelemede işçinin gerçekleştirdiği ihlalin mesai saatleri dışında gerçekleşmesi, ihlalin ağırlığının haklı neden ağırlığında olmadığı yönünde bir değerlendirmeye yöneltmiştir⁶³⁸.

c. İş Sözleşmesinin Başlangıcında Gerekli İzin ya da Ehliyetin Yokluğu

Söz konusu ihlallerin, bahse konu belgelerin iş sözleşmesinin başlangıcında mevcut olup olmamasına ve iş sözleşmesi başladıktan sonra geçerliliğinin yitirilmesine bağlı olarak farklı neticelere yol açtığı yönünde öğretinin ve mahkemelerin görüşleri vardır. Bu konuya örnek olarak yabancı uyruklular için öngörülen çalışma izni verilebilir.

İş Kanunu’nda işçinin uyruğuna dair herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m. 10 uyarınca yabancı uyrukluların çalışma iznine sahip olması gereklidir. Bununla birlikte özel kanunlarda belli işlerin yabancı uyruklularca icra edilmesi yasaklanmış durumdadır⁶³⁹.

⁶³⁷ **Ufuk Aydın:** “İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Haziran 2010), S.18, s. 237.

⁶³⁸ Y9HD, T. 17.09.2019, E. 2016/23845, K. 2019/15985, www.legalbank.net, E.T: 10.08.2021.

⁶³⁹ Örnek niteliğinde olarak, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun kapsamında Türkiye’de doktorluk, ebelik, hastabakıcılık ve dişçilik mesleklerini icra etmek yasaktır.

Bu kapsamda öğretideki bir görüşe göre gerekli belgelerin iş sözleşmesinin başlangıcında mevcut olmadığı ve işçinin henüz iş görme borcunu yerine getirmeye başlamadığı hallerde burada bir ilişkisinin kurulduğundan bahsedilemez⁶⁴⁰. Yargıtay'ın görüşü de bu yönde olup, 1957 tarihli bir kararında yalnızca Türk vatandaşlarınca icra edilebilecek bir işi görmekte olan yabancı uyruklu kişinin iş sözleşmesi hükümsüz olarak addedilmiş ve kıdem tazminatı talebi reddedilmiştir⁶⁴¹. Konu hakkında görüşleri bulunan ve katılmakta olduğum Civan/Gökalp'e göre, bu yönde bir karar işçinin haklarından mahrum kalmasına yol açarak, işçiyi savunmasız bırakacaktır. Dolayısıyla, kanunen yasaklanmış bir işte çalışılsa dahi, geçersizliği öne sürülene dek yabancıların iş sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi isabetli görülmektedir⁶⁴².

Yasak kapsamı dışındaki işlerde çalışan yabancı işçiler açısından ise Yargıtay iş sözleşmesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir⁶⁴³. 6735 sayılı Kanun'da da çalışma izni olmaksızın çalışan yabancıların iş sözleşmesinin geçersizliğine dair herhangi bir hüküm mevcut değildir. Söz konusu yabancı işçilerin sözleşmeleri, geçersizliği öne sürülene kadar geçerli bir sözleşme hükmünde kabul edilmektedir⁶⁴⁴.

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde ise Alman hukukunda, çalışma izni olmadan yapılan iş sözleşmelerinin bir sözleşme yasağı teşkil etmediği ve geçerli

4458 sayılı Gümrük Kanunu'na (m. 48/A-1) göre de gümrük müşavir ve yardımcılıkları yalnızca Türk vatandaşlarınca icra edilebilir.

⁶⁴⁰ Baysal, s. 102.

⁶⁴¹ Y4HD, T. 02.09.1957, E. 1957/ 8477, K. 1957/ 5478, **Ahmet Gündüz Ökçün: Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti**, 2. Bs, Sermaye Piyasası Kurulu (Pelin Ofset), Ankara 1998, s. 95.

⁶⁴² **Orhan Ersun Civan / Arzu Gökalp: "Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği"**, Çalışma ve Toplum Dergisi (2011/1), S. 28, s. 256.

⁶⁴³ "Davacı işçi için çalışma izni alınmamış olması veya bu iznin süresiz olarak alınması hallerinde ise, iş sözleşmesinin belirsiz süreli hale dönüştüğünün kabulü gerekir. Bu ihtimalde ihbar tazminatı isteğinin şimdiki gibi kabulüne karar verilmelidir." Y9HD, T. 07.06.2005, E. 2004/24583, K. 2005/20488, www.legalbank.net, E.T: 10.08.2021.

⁶⁴⁴ Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz; Civan/Gökalp, s. 254-255.

olduğu ifade edilmektedir⁶⁴⁵. Ancak bu durum farklı cezai müeyyidelere tabi olabilmekte ve öğretide feshe dayanak teşkil edebilecek bir neden olarak ele alınmaktadır⁶⁴⁶. Hollanda hukukunda da yabancıların çalışmak için belli bir izin alması Yabancıların Çalışma Kanunu'na (*Wet Arbeid Vreemdelingen*) göre şart olmakla birlikte, bu izin olmadan iş sözleşmesi yapılması sözleşmenin geçersizliğine sebep olmamaktadır⁶⁴⁷.

İngiliz hukukunda yasal izin ve ehliyetlerin yokluğu, bir yetersizlik hali olarak kanuni düzenlemede yer almaktadır. 1996 tarihli İstihdam Hakları Kanunu'nda feshin "haklı (*fair*)" olması gerekli olup, işçinin yetersizliğine ilişkin haller ilgili Kanun'un 98'inci maddesinde düzenlenmektedir. Art. 98/3'e göre işçinin sahip olduğu pozisyonun gerektirdiği diploma, lisans ya da akademik, teknik ya da mesleki niteliklerin bulunmaması feshin haklılığında bir denetim mekanizması görevini görmektedir⁶⁴⁸.

d. İş Sözleşmesi Kurulduktan Sonra Yasal İzin ya da Ehliyetin Kaybedilmesi

İş sözleşmesinin kurulması ve işçinin iş görme borcunu görmeye başlamasını müteakiben gerekli belgelerin geçerliliğinin yitirilmesi ya da yenilenememesi durumunda da öğretide ve içtihatla farklı yönde görüşler mevcuttur.

⁶⁴⁵ **Hediye Ergin:** "Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2007), S. 16, s. 1383.

⁶⁴⁶ **Uta-Susanne Weiss:** *Arbeitsrecht für Führungskräfte*, 2. Auflage, Springer Vieweg, Wiesbaden 2019, s. 27.

⁶⁴⁷ Ergin, s. 1385.

⁶⁴⁸ Xie, s. 95; Söz konusu İngiliz mevzuatının 98'inci maddesinde feshin haklı olabilmesi için üçlü bir test uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu teste göre işveren fesih için temel bir neden belirtmeli, bu neden yetersizlik ya da işin kötü görülmesi gibi bir neden olmalı ve mahkeme de uyumsuzluğun önemli noktalarını göz önüne alarak fesih için belirtilen nedenin akla uygun olup olmadığını değerlendirmelidir (Collins/Ewing/McColgan, s. 818)

İşçinin yükümlü olduğu iş görme borcunu yerine getirebilmesi için gerekli olan izin ya da ehliyet gibi belgeleri tekrar elde etmesinin mümkün olmadığı ya da bu yönde herhangi bir çaba ya da girişiminin bulunmadığı hallerde işverenin fesih yoluna başvurması mümkündür⁶⁴⁹. Yabancılarca görülmesi kanunen yasak olmayan ve gerekli çalışma izni olmadan görülen işler için Yargıtay'ın kararları yol gösterici niteliktedir. Bunlardan birine göre yabancı uyruklu işçinin diploma denklik belgesini alamaması sebebiyle çalışma izninin uzatılmaması, işveren açısından 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun m.17/III hükmüne göre zorlayıcı sebep olarak değerlendirilmiş ve kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur⁶⁵⁰.

Ancak işçinin söz konusu durumu, yani gerekli izin, ehliyet ve benzeri belgeyi yakın bir zamanda elde etmesi mümkünse, bu durum geçici bir nitelik taşıyorsa fesih yoluna başvurulmamalıdır⁶⁵¹. Örneğin pilotluk lisansını koruması için düzenli aralıklarla sağlık kontrolüne girmesi, belli sınavlardan geçmesi gerekli olan pilotun

⁶⁴⁹ Baysal, s. 103.

⁶⁵⁰ "Öncelikle belirtmek gerekir ki yabancı uyruklu bir işçinin Türkiye'de çalışmasının bir takım zorluklar ortaya çıkaracağı kaçınılmazdır. Ancak burada asıl önemli olan davacı işçinin başlangıçta onanmayan denklik belgesinin sonradan istenmesi karşısında müşkül bir durumda kaldığı ve sonuçta bunu sağlayamadığı açık seçik ortadadır. Sonradan oluşan bu olumsuz durum 1475 S. İş K. 17/III. Maddesi kapsamına giren "zorlayıcı sebep" olarak değerlendirilmelidir. Dairemizin kararlık kazanmış uygulamalarında işyeri dışında işyeri ile ilgili olmayan bir suç nedeniyle işçinin tutuklanması hali "zorlayıcı sebep" olarak nasıl düşünülmüş ise, bu somut olayda da "denklik belgesinin" sağlanamaması da aynı şekilde değerlendirilmelidir. Bu koşullarda davacı işçinin ihbar tazminatına hak kazanmadığı şeklinde ki mahkemenin gerekçesi isabetli ise de kıdem tazminatının reddi konusundaki görüşü hatalıdır. Buna göre kıdem tazminatı hesabı yapılarak belirlenecek miktar hüküm altına alınmalıdır. Karşı Oy: Zorlayıcı neden, kaçınılmayan ve önceden görülemeyen dıştan gelen olaydır. Okul bitirme belgesinin verilmesinden ve Yüksek Öğrenim Kurumuna başvurulmasından davacının kaçındığı açıktır. Diplomanın ibrazı ve denklik belgesi istenmesi kaçınılmayan ve önceden görülemeyen bir olay değildir. Davacı diplomasını ekleyerek Yüksek Öğrenim Kurumuna başvurmadan kaçınmaktadır. Bu kaçınma eylemi davacı işçinin kendisinden doğmakta olup, bu işlemleri yapmış olsaydı çalışmaya devam edebilecekti. Yani ortada davacının istek ve iradesi dışında doğan ve gelişen bir durum bulunmamaktadır. İşçinin kendi kusurundan doğan olay zorlayıcı neden olamaz. Bozma kararında örnek olarak gösterilen tutukluluk halini bu olaya benzetmenin hiçbir hukuksal dayanağı yoktur. Tutukluluk halinde, tutukluluğa neden olan olay veya olaylar bir anda gerçekleşmekte ve bu olayların önceden görülmesi mümkün olmayıp, ayrıca olaylar dıştan gelmektedir. Burada ise davacı tüm ısrarlara ve verilen sürelerle karşılık kendisinde bulunması gereken yüksekökol diploması ile denkliğe karar verecek mercie başvuramakta ve dolayısıyla işveren kendisini çalıştırmaması için gerekli izni alamamaktadır. İşveren kendisine düşen görevi yapmış olup, davacı işçi iş görmekten kaçınmıştır." Y9HD, T. 17.01.2002, E. 2001/15931, K. 2002/348, www.legalbank.net, E.T:09.08.2021.

⁶⁵¹ Baysal, s. 104.

belli bir sağlık sorununun çıkması ya da söz konusu sınavdan başarisız olması halinde işçinin yetersizliği hemen söz konusu olmamalıdır. İşçinin sağlık sorununun geçici bir nitelikte olması ya da başarisız olduğu sınavta tekrar girerek lisansı için gerekli şartları sağlaması yakın gelecekte mümkünse buna müsaade edilmelidir⁶⁵².

Olumsuz ngr ilkesi ışığında yapılan bir değerlendirmede, feshin geçerli olması için yakın bir gelecekte işçinin söz konusu yetersizliğinin devam edeceği yönünde bir öngörü oluşması gereklidir. Geçici nitelikte olan yetersizlik hallerinin geçerli fesih nedeni kabul edilmemesi gerekmektedir. Nitekim Yabancıların alışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliği m. 8/5'te şu yönde bir düzenleme bulunmaktadır:

“alışma izni uzatma başvurusu bulunan yabancılar, çalışma izin süresinin sona erdiği tarihten itibaren kırk beş günü geçmemek ve yaptığı işin mahiyeti değişmemek kaydıyla aynı işyeri ve meslekte çalışmaya devam edebilir. Bu süre içerisindeki çalışma kanuni çalışma olarak kabul edilir ve yabancınn, ilgili mercilerin ve işverenin yükümlülükleri aynı şekilde devam eder.”

Gerekli izin, ehliyet gibi belgeleri mevcut olmayan işçinin işveren tarafından çalıştırılması mümkün değildir. Ancak yine de işveren tarafından feshin son çare olması ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması ve işçinin çalıştırılabileceği başka pozisyonların olup olmadığının gözden geçirilmesi gereklidir. Böyle bir

⁶⁵²“İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası olarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.” YHGK, T. 12.04.2017, E. 2014/2461, K. 2017/719, www.lexpera.com.tr, E.T: 10.08.2021; Aynı yönde bkz; Y7HD, T. 14.10.2014, E. 2014/9636 K. 2014/18762, www.lexpera.com.tr, E.T: 10.08.2021.

durumda işletmenin büyük olup olmaması, işçinin çalıştırılması mümkün olan pozisyonların bulunup bulunmaması önem taşımaktadır⁶⁵³.

e. Değerlendirme ve Sonuç

Konu hakkında Türk hukukunda ve yabancı hukuk sistemlerindeki öğreti görüşleri ve yargı uygulaması bir bütün halinde değerlendirildiğinde, gerekli yasal izin ya da ehliyetin niteliğinin önemli olduğu görülmektedir. Söz konusu nitelik, geçerli nedene dayalı fesih ve haklı nedene dayalı fesih arasında bulunan ağırlık ve yoğunluk farkında belirleyici olmaktadır.

Yargıtay'ın farklı yönde bir görüşü bulursa da, özellikle yabancıların kanunen yasaklı işlerde çalışmasında sözleşmenin geçersizliği öne sürülene dek geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğduğunun kabul edilmesi sosyal adalet anlayışına daha uygun görünmektedir. Öğretide ve bu noktada hükümlerine yer verilen yabancı hukuk sistemleri açısından da benzer bir bakış açısının benimsendiği ifade edilebilecektir.

Feshe egemen olan ilkelerden feshin son çare olması ilkesi ile olumsuz öngörü ilkesinin de konuya dair fesihlerde büyük ölçüde dikkate alındığı görülmektedir.

⁶⁵³ Baysal, s. 104.

2. Dini İnanç ya da Vicdani Kararın veya Bu Nedenlerle İş Görmemenin Yetersizlik Teşkil Etmesi

a. Din ve Vicdan Hürriyeti Kavramları

Din ve vicdan hürriyeti, başkalarının özgürlük alanına müdahale teşkil etmediği sürece bireyin herhangi bir dine inanma ya da inanmama, belirli bir dinin ya da inancın gereklerini yapma ya da yapmama, benimsemiş olduğu inancı açıklama ya da açıklamama hürriyetidir⁶⁵⁴. İnsan, inanç ve değer tercihlerinden dolayı sosyal hayatın her aşamasında olduğu gibi çalışma hayatında da herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmamalı, söz konusu tercihlerine saygı duyulmalıdır. Bununla birlikte, çalışma hayatındaki bazı işlerin nitelikleri, işçinin din ve vicdan hürriyetiyle çelişmekte veya zaman içerisinde işçiye ya da işyerine bağlı sebeplerle çelişebilir hale gelebilmektedir.

1982 tarihli T.C. Anayasası da 24'üncü ve 25'inci maddelerinde “din ve vicdan hürriyetini” ve “düşünce ve kanaat hürriyetini” düzenlemektedir. Din ve inanç hürriyetinin kapsamının tam olarak belirlenmesi küresel boyuttaki çeşitlilik de göz önüne alındığında mümkün değildir. Bu kavramların hukuki bir tanımının yapılması çabasında da bulunulmamıştır⁶⁵⁵.

Vicdan ise kişinin kendine dair ahlaki değerleri, doğrudan ve aracısız bir şekilde, kendiliğinden yargılamasını sağlayan ya da buna yönelten iç duyu olarak tanımlanabilir⁶⁵⁶. Diğer bir tanım ise konuya dini açıdan yaklaşmakta ve “*Tanrı'nın içimizdeki sesi*” ifadesini kullanmaktadır⁶⁵⁷. Kişi bu iç duyu sayesinde doğru ya da yanlış olduğunu düşündüğü kararlar almakta, bunları eylem ve açıklamaya

⁶⁵⁴ **Bilal Sambur:** “Yeni Anayasada Din ve Vicdan Özgürlüğünün Düzenlenmesi”, Liberal Düşünce Dergisi (Bahar 2012), Yıl 17, S. 66, s. 94.

⁶⁵⁵ **Sulhi Dönmezer:** “Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü”, Erdem Dergisi (2005), C. 15, S. 42, s. 2.

⁶⁵⁶ **Abdülvahit İmamoğlu:** “Vicdan Kavramının Psiko-Sosyal Tahlili”, Akademik İncelemeler Dergisi (2010), C. 5, S.1, s. 129.

⁶⁵⁷ **Mark R Wicclair:** *Conscientious Objection In Health Care: An Ethical Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, s. 2.

dönüştürmektedir. Vicdani kararlar dini inançlardan kaynaklanabileceği gibi, dini inançtan bağımsız şekilde de oluşabilir.

b. Koruma Kapsamındaki İnanç ve Hürriyetler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlıklı 9'uncu maddesi dini olsun ya da olmasın tüm inançları koruma altına almaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da dile getirildiği üzere bir inancın "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" kapsamına girebilmesi için "yeterince güçlü, ciddi, tutarlı ve önemli bir dereceye ulaşması" gereklidir⁶⁵⁸.

Bu kapsamda koruma altında bulunan dini inançlar İslam, Hristiyanlık ya da Musevilik gibi genel olarak bilinen ve kabul gören inanışlardan ibaret değildir. Ancak bu bağlamda bir inanç sisteminin din olarak kabul edilmesi için önceden gelen bir tanınırlığa, belirliliğe sahip olması aranan bir koşuldur⁶⁵⁹. AIHM'nin Kokkinakis/Yunanistan kararında da bu çeşitlilik ve belirlilik unsuruna vurgu yapılarak ateistlerin de bu özgürlükten yararlandıkları ifade edilmiştir⁶⁶⁰:

"9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla 'demokratik toplum'un temel taşlarından biridir. Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir

⁶⁵⁸ AIHS 9. Madde rehberi, s. 11, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_TUR.pdf, E.T: 23.03.2022.

⁶⁵⁹ Dönmezer, s. 7-8.

⁶⁶⁰ Kokkinakis/Yunanistan, B. No. 14307/88, T. 25.5.1993, § 31, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57827%22%5D%7D>, E.T: 13.12.2021.

değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonucunda, büyük bir bedelle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır.”

Kişinin sahip olduğu söz konusu özgürlüğe, bu anlayış ve anlayışı kaynaklı açıklama ve davranışları açıkça mesnetsiz olmadığı sürece saygı duyulmalıdır. Buradaki mesnet kavramı ile ifade edilmeye çalışılan husus, kişinin anlayışının, açıklama ya da davranışlarının akıl ve mantıkla tamamen bağdaşmaz nitelikte olmaması, belli bir dini ya da felsefi derinliğinin olmasıdır. Bireylerin ya da devletin, bir başka bireyin neye inanması gerektiği ya da bu inanç kapsamında nasıl davranması gerektiğine yönelik eylem ve davranışlardan sakınması gereklidir. Aşağıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararında da isabetli bir şekilde bu hususlara değinilmiştir:

“Bir davranışın herhangi bir din veya inancın açığa vurulabilir nitelikte bir yönünü oluşturup oluşturmadığının tam anlamıyla ortaya konulmasında karşılaşılan güçlüklerin üstesinden gelmek için somut olayın koşullarına göre din ve inanç ile açığa vurulan davranış arasında yapısal veya teorik bir bağlantının bulunup bulunmadığı, davranışın ortaya çıktığı zaman ve mekân ile bireyin, inancını davranışının nedeni olarak ileri sürüp sürmediği, bu tespit yapılırken göz önünde bulundurulması gereken önemli noktalaradır. Bununla birlikte, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurusunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir. Başka bir deyişle başvurusunun din veya inancının uygulamasına ilişkin anlayışının ve bu anlayıştan doğan açıklamalarının, açıkça mesnetsiz veya mantıksız olmadığı müddetçe esas alınması gerekir... Aynı şekilde başvuruçuların kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “alışıldık dini uygulamaların” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi

dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuruçuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “yerinde” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirtildiği gibi mahkemeler veya kamu gücünü kullanan diğer organlar dinsel bir iddianın inandırıcılığına karar vermeye cüret etmemelidirler (bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Employment Division, Department of Human Resources of Oregon/Smith, 494 U.S. 872, 06.11.1989). Ancak tekrar etmek gerekirse böyle bir tutum, Anayasa'nın 24. maddesinin bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı koruyacağı ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti edeceği anlamına gelmez (bkz. § 50)^{661.}”

c. *İnanç ve Vicdani Kararın İş Görme Borcuna Yansımaları ve Yargı Uygulaması*

aa. Yabancı Hukuk Sistemlerinin Değerlendirilmesi

İş görme borcunun dini inanç ya da vicdani karar hürriyeti çerçevesinde yerine getirilmemesinin iş hukukuna yansımaları farklı ülkelerde gündeme gelmiş ve tartışma konusu olmuştur. Öğretide bu durum “itiraz edilebilir iş”⁶⁶² ve çoğunlukla askeri hizmetlerde bulunmanın reddedilmesi konusıyla gündeme gelen “vicdani ret”⁶⁶³ kavramıyla ifade edilmiştir. Kanaatimce vicdani ret kavramının akıllara ilk başta

⁶⁶¹AYM, Tuğba Arslan Kararı, T. 25.06.2014, B. No: 2014/256, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>, E.T: 13.08.2021.

⁶⁶² **Rolf Wank**: “Objectionable Work in Germany”, Comparative Labor Law & Policy Journal (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 455 vd.

⁶⁶³ Wicclair, s. 1; **Tadashi Hanami**: “Conscientious Objection in Japan”, Comparative Labor Law & Policy Journal (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 441 vd.

askerlik hizmetinin reddini getirmesinden ötürü, itiraz edilebilir iş kavramının tercih edilmesi daha uygun niteliktedir.

Bu örneklerden ilki Japonya'ya aittir. Japonya'da İkinci Dünya Savaşından sonra Japon ulusal bayrağı (Hinomaru) ve Japon ulusal marşı (Kimigayo), özellikle sol görüşlü gruplar tarafından militarizmin bir simgesi olarak görülmüş ve protesto edilmiştir. Yüksek mahkemenin 2007 tarihli kararına⁶⁶⁴ konu olan bir olayda, müzik öğretmenin okul müdürünün emrine rağmen okul açılış töreninde Japon ulusal marşını piyano ile çalmayı reddetmesi ve cezalandırılması üzerine yaptığı itiraz, ulusal marşın piyano ile çalınmasının kişinin kendi vicdani düşüncelerini reddetmesi anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir⁶⁶⁵.

Alman hukukunda işçinin inanç özgürlüğü çerçevesinde bir işi görmemeyi seçmesinin mümkün olduğu ve buna saygı duyulması gerektiği (*Art. 4 Abs. 1 Grundgesetz*), ancak başka bir şekilde çalışmanın imkânı yoksa fesih gibi sonuçlara katlanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁶.

Alman içtihat hukukuna göre, inanç çerçevesinde çalışmayı reddetmeye yönelik kararlar insanın kendisi açısından bağlayıcı hissettiği ve bu yönüyle subjektif olan, işverenin doğruluğunu sorgulayamayacağı kararlardır⁶⁶⁷. Bu açıdan subjektif bir bakış açısı benimsense de mahkeme konunun ispatı açısından objektif bir bakışı benimsemektedir⁶⁶⁸. Ancak dini görüş ve vicdani kararlar neticesinde belli bir iş görme borcunun yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi halinde bu durumun fesih

⁶⁶⁴ Supreme Court of Japan, T. 27.02.2007, No: 2004 (Gyo-Tsu) 328, https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=876, E.T: 13.12.2021.

⁶⁶⁵ Hanami, s. 441-442.

⁶⁶⁶ Hromadka/Maschmann, s. 398.

⁶⁶⁷ BVerfGE 48, 127, 173; 69, 1, 23; BVerfGE 7, 242, 246; 75, 188, 195; 79, 24, 27; Hromadka/Maschmann, s. 398.

⁶⁶⁸ Wank, s. 461.

için geçerli neden teşkil edebileceği de ifade edilmektedir⁶⁶⁹. Konu Alman Mahkemeleri tarafından somut olayın özelliklerine göre farklı şekillerde yorumlanmıştır.

Bu örneklerden birine göre, Alman Bölge Mahkemesi (*Landesarbeitsgerichte/LAG*) Hristiyanlık inancı sebebiyle küfür ve benzeri sözcükler içeren bir operanın yapım aşamasında görev almayı reddeden müzisyenin reddini meşru olarak değerlendirmiştir. Bu karara göre işçinin vicdani işverenin işçiye emir verme yetkisine bir sınır teşkil etmektedir⁶⁷⁰. Ancak mahkeme basit bir ret ile yetinmemekte, somut olayın koşulları içinde kanıt da aramaktadır. Bunun yanı sıra, işçinin iş koşullarının bu yönde gelişip gelişemeyeceğine dair iş sözleşmesinin başlangıcında bilgi sahibi olup olmaması da önem arz etmektedir⁶⁷¹.

Alman hukukunda sonuç olarak işçinin dini inancı ve vicdani kararı neticesinde iş görmeyi reddedebileceği kabul edilmekle birlikte, işin ertelenemeyecek bir iş olması söz konusuysa işçiye Medeni Kanun § 326 (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) çerçevesinde ücret ödenmemesi gündeme gelebilecektir. Ayrıca, böyle bir durumda ilk başta iş görme borcunu reddeden işçinin işten çıkarılması mümkün olmayıp, işverenin feshin son çare olması ilkesi kapsamında farklı çözümler araştırması gereklidir. Ancak işveren için işçiyi çalıştırmanın hiçbir imkânı kalmamışsa fesih söz konusu olmaktadır⁶⁷².

“İtiraz edilebilir iş” kavramı İspanyol hukukunda da tartışma konusu olmuştur. Tartışma konusu olan kavrama örnek olarak silahlı kuvvetler personelinin dini törenlerde yer almak istememesi, kürtaj yapmayı reddeden doktorlar, homoseksüel

⁶⁶⁹ Baysal, s. 110.

⁶⁷⁰ Landesarbeitsgericht [LAG] Aug. 7, 1992 LAGE 13 BGB Direktionsrecht § 611, Wank, s. 459.

⁶⁷¹ Wank, s. 461.

⁶⁷² Wank, s. 464-465.

evliliklere dair resmi süreci yürütmeyi reddeden hâkim ve memurlar ve ertesi gün hâpı üretiminde çalışmak istemeyen işçiler gösterilmektedir. İspanyol hukukunda da işçinin dini inancı ya da vicdani kararı sebebiyle iş görme borcunu reddetmesinin mümkün olduğu, işveren tarafının herhangi bir alternatif çözüm aramaksızın yaptırım uygulamasının feshi geçersiz kılacağı kabul edilmektedir⁶⁷³.

Amerikan hukukunda da “itiraz edilebilir iş” kavramı yer almakta olup, Federal Medeni Haklar Kanunu’na göre işverenlerin dini inançları nedeniyle iş görme borcunu reddetmelerine, aşırı bir yük oluşturmadığı takdirde saygı duyma yükümlülüğü mevcuttur. Bu yükümlülük kapsamında işverenin işçiyle uzlaşma adına alternatif tedbirleri gözden geçirmesi gereklidir⁶⁷⁴.

bb. Konunun Türk Hukukundaki Görünümü

İş Kanunu m. 25/II(h)’de yer alan “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” düzenlemesi kapsamında işverenin haklı feshe başvurabilmesi için, işçinin kasıtlı ya da kusurlu bir davranış içinde bulunması gereklidir. Kanaatimce, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmak şartıyla, kişinin dini inancı ya da vicdani kararı çerçevesinde iş görme borcunu aksatması haklı neden ağırlığında değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte, söz konusu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir. Bu durumun haklı fesih ağırlığında olduğunu kabul etmek, kanaatimce işçi ve işveren tarafı arasındaki dengenin işçi aleyhine bozulması anlamına

⁶⁷³ **Esther Sanchez:** “Conscientious Objection in the Workplace: Some Reflections Based on Spanish Jurisprudence”, *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 491-496.

⁶⁷⁴ Finkin, s. 505-506.

gelecektir. Elbette her fesihte olduğu gibi feshin son çare olması ilkesi ve olumsuz öngörü ilkesi çerçevesinde de bir inceleme yapmak da gereklidir.

Konuyu geçerli nedene dayanan fesih kapsamında incelediğimizde, belli bir iş görme borcunun reddi hususunun hangi alt başlıkta değerlendirileceğinin ortaya konulması gereklidir. Daha önce de belirtildiği üzere işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden söz konusu olduğunda, işçiden bağımsız bir durum ortaya çıkmakta ve bunun sonucunda bir istihdam fazlalığı gündeme gelmektedir⁶⁷⁵. İş görme borcunun dini inanç ya da vicdani karar nedeniyle reddinde, işçiden bağımsız ve istihdam fazlalığı oluşturacak nitelikte bir durum söz konusu olmadığı için bu geçerli neden kategorisi dışarda kalmaktadır.

İşçinin yetersizliği ve işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin ayırt edilmesi ile ilgili bölümdeki tartışmalar ve çelişki bu noktada da kendini sürdürmektedir. Böyle bir durumda her iki durumdan kaynaklı geçerli nedenin de birlikte bulunabileceği düşünülmeyle birlikte, işçinin inancının sabit, belirli ve kolay değişmeyen yapısı da göz önünde alındığında işçinin davranışlarından ziyade işçinin yetersizliği hali olarak ele alınmasının daha uygun olduğunu değerlendirmekteyim. Öğretide söz konusu durum Baysal tarafından da işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler başlığında ele alınmıştır⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Süzek, s. 601; **Dilek Dulay**: “İşletme Gereklerine Dayanan Fesih”, Terazi Hukuk Dergisi (Haziran 2010), C. 5, S. 46, s. 91; Kabakçı, s. 223; Aynı yönde yargı kararı için bkz; YHGK, T. 02.06.2010, E. 2010/9-272, K. 201/276, www.kazanci.com.tr, E.T: 17.08.2021.

⁶⁷⁶ Baysal, s. 110.

Bir ayırım kriteri olarak işçinin belirli bir iş görme borcunu yerine getirmeyi reddetmesi halinde, yani pasif bir duruş sergilemesi halinde işçinin yetersizliğinin; aktif bir davranış sergilemek suretiyle iş görme borcuna aykırı hareket etmesi halinde ise işçinin davranışlarından kaynaklı geçeli nedenle feshin söz konusu olabileceği ifade edilebilir.

Günümüzde bazı işyerlerinde yerine getirilmekte olan iş görme borcunun dini nitelikte olduğu ya da bir şekilde dini hususlarla bağlantılı olduğu görülmektedir. Söz konusu işyerlerinde işçi istihdamı gerçekleştirilirken din ve inanç konusunu esas alan bazı şartlar belirlenebilmektedir. Örnek olarak, kilise ya da sinagog gibi bir yer için din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı esnasında, bu dine mensup olmanın bir şart koşulması gösterilebilir. Bu yönde bir şart belirlenmesi, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun m.7/1-d hükmüne göre de herhangi bir ayrımcılık teşkil etmemektedir⁶⁷⁷.

Kanaatimce, nasıl belli bir işin görülmesi için yabancı dil şartı belirlenebiliyorsa ve bu şartın karşılanmaması o iş görme borcunun yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik kabul ediliyorsa, işçinin inancı ya da inancı sebebiyle belli bir iş görme borcunu yerine getirmemesi de iş için yetersizlik teşkil edebilir. Bu durumun geçerli ya da haklı fesih teşkil etmesi, her somut olayın kendi koşulları içerisinde belirlenebilecek husustur.

İşçinin reddetmekte olduğu iş görme borcunun iş sözleşmesinin kurulması safhasında öngörülebilir olup olmaması konunun değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Böyle bir durumda taraflar arasındaki menfaat dengesinin, işçinin yerine

⁶⁷⁷ 6701 sk. m. 7/1-d: “Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

...

d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.”

getirmekle mükellef olduğu iş görme borcunu iş sözleşmesinin başlangıcında bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde işveren aleyhinde bozulduğu ve bu durumun haklı nedenle feshe de sebep olabileceği değerlendirilmelidir.

Yine bu kapsamda reddedilen iş görme borcunun kısa ya da uzun süreli olması, işçinin işyerinde başka bir pozisyonda istihdamının mümkün olup olmaması dikkate alınmalıdır. İşçinin mevcut durumu iş ilişkisinin başlangıcında öngörememesi objektif bir değerlendirme neticesinde makul bir durum olarak görülüyorsa, iş görme borcunun reddinin haklı bir nedene dayandığını kabul etmek isabetli olacaktır⁶⁷⁸. Yargıtay da iş görme borcunun reddedilmesinin makul bir nedene dayandığı hallerde haklı nedenle feshi kabul etmemekte, işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁶⁷⁹. Yargıtay tarafından fesih olgusu kabul edilmekte, ancak bunun geçerli nedenle fesih kapsamında olduğunu ifade edilmektedir. Kanaatimizce Yargıtay bu noktada ölçülülük ve menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapmaktadır.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda, dini inanç çerçevesinde reddedilen işveren talimatının iş görme borcu içindeki yeri ve niteliği önem taşımaktadır. Söz konusu kararda, işçinin firmanın markasının basılı olduğu tişörtü giymeyi başörtülü olması sebebiyle reddetmesi bir yan yükümlülük ihlali olarak ele alınmış ve haklı fesih

⁶⁷⁸ **Ayşe Ledün Akdeniz:** İş İlişkilerinde İmkânsızlık, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2018, s. 170.

⁶⁷⁹ “Her ne kadar çalışma ilişkisinde iyiniyet doğrultusunda bir işçinin olmadığı hallerde diğer işçinin o görevi yapması beklenir ise de 10 yılı aşkın çalışan bir işçinin ilk bakışta kendi görevi olmayan bir konuda çalışmaya zorlanması ve onu reddetmesi nedeniyle davalı tarafından iş sözleşmesinin feshi oranlılık ilkesi göz önünde tutulduğunda ağır bir sonuçtur. Davalı tarafından daha hafif bir yaptırım uygulanabileceğinden Mahkemece kıdem, ihbar tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, T. 17.03.2011, E. 2011/7928, K. 2011/7367, www.lexpera.com.tr, E.T: 17.08.2021.

yerine geçerli feshin söz konusu olduğu belirtilmiştir⁶⁸⁰. Öğretide Civan ise konuyu işçinin temel hak ve özgürlükleri ile iş sağlığı ve güvenliği arasındaki denge açısından incelemiştir. Bu görüşe göre işveren tarafından verilen talimatın iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren bir boyutunun olması halinde işçinin söz konusu talimatlara katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁸¹. Bu duruma örnek olarak da işçinin işyerinde çalışmakta olduğu makinaya takılması mümkün türban, kolye vs. eşyanın kullanımının yasaklanması gösterilmektedir⁶⁸². Böyle bir durumda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin daha üst nitelikte olduğu ifade edilebilir.

Konunun iş sağlığı ve güvenliği boyutunun yanı sıra kurumsal imaj boyutu da bulunmaktadır. Bazı işletmeler spesifik bir kurumsal imaj yaratmak ve toplum gözünde bu duruşunu sürdürmek adına çalışanlarının dini inanç ya da vicdani kararlarıyla çelişen talimatlar verebilmektedir. Böyle bir durumda Civan tercihini temel hak ve özgürlüklerden yana kullanmıştır. Bu görüşe göre temel hak ve özgürlükler kurumsal imaja göre önceliklidir⁶⁸³.

⁶⁸⁰ “İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. S**** ** sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir... Davacı tanığınca da beyan edildiği üzere davalının davacının dini inancı gereği başını örtmesine uzun kollu giysi giymesine itirazı bulunmamaktadır. İtiraz noktası mağazada çalışan diğer personelin şirkete ait markanın yazılı olduğu tişörtü giymesine rağmen davacının bunu giymemesidir. Gerçekten tüm personel söz konusu iş kıyafetini giyerken davacının bunu giymemesi, müşteriler açısından davacının mağaza çalışanı mı müşteri mi olduğu noktasında duraksamaya yol açabileceği gibi, diğer personel bunu yerine getirirken davacının buna aykırı hareket etmesi çalışanlar arasında uyumsuzluğa, çalışma barışının bozulmasına da yol açabilecektir. Davacının söz konusu davranışının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı işyeri uygulaması haline gelen kıyafet giyme zorunluluğuna uyulmadığı açık olup fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Her ne kadar davalı taraf haklı feshi dayandırsa da, davacının söz konusu işyeri kıyafetini giymesi asli görev kapsamında değerlendirilemeyeceğinden fesih haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayanmaktadır.” Y9HD, T. 02.03.2017, E. 2016/5475, K. 2017/2968, <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/718453/yargitay-9-hukuk-dairesi-e-2016-5475-k-2017-2968/>, E.T: 17.08.2021.

⁶⁸¹ **Orhan Ersun Civan:** İşçinin Yan Yükümlülükleri, 1. Bs, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 170.

⁶⁸² Yıldız, Eşit İşlem, s. 132.

⁶⁸³ Civan, s. 170.

Civan'ın da incelemiş olduğu bir AİHM kararında⁶⁸⁴, havayolu şirketi çalışanı olan Bayan Eweida iş görme borcunu yerine getirirken boynuna Hristiyanlık dininin simgelerinden sayılan haç şeklinde bir kolye takmak istemiştir. Havayolu şirketi yönetimi ise kurumsal imaj çerçevesinde kıyafet koduna uyulmasını ve söz konusu kolyenin gizlenmesini istemiştir. Olaylar neticesinde Bayan Eweida işten eve gönderilmiş, yaklaşık bir ay sonra da şirket tarafından Bayan Eweida'ya üniforma giymesi gerekmeyen idari bir görev teklif edilmesine rağmen teklif reddedilmiştir. Mahkeme uyuşmazlığı neticelendiren kararında şirketin kurumsal bir imaj yansıtma amacını meşru kabul etmekle birlikte, demokratik toplumların çoğulculuğa ve farklılıklara hoşgörü göstermesi gerektiğini, Bayan Eweida örneğinde takılan kolyenin profesyonel görüntüyü bozacak bir nitelikte olmadığını ve yerel mahkemelerin kurumsal imaja gereğinden fazla önem atfettiğini ifade etmiştir.

Bu yöndeki uyuşmazlıklarda kanaatimce her somut olayda farklı sonuçlara varmak mümkündür. Spesifik bir imaj yansıtmak isteyen bir işletmenin, işe alım sürecinde bu imajı yansıtmaya uygun adayları tercih etmesi, söz konusu süreçte adayları bu yönde bilgilendirmesi ve bu yönde bir beklenti içinde olacağını bildirmesi halinde kanaatimce kurumsal imaj kavramına da üstünlük tanınabilir. Nitekim Birleşik Krallık yargısının varmış olduğu karar da bu yöndedir. Ancak feshin son çare olması ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da işçinin hac ibadetini yerine getirmek için yaptığı izin talebi, işveren tarafından uygun görülmemiştir. Buna rağmen işçi tarafından işe gelinmemiş, devamsızlığın belli bir süreye ulaşmasını takiben de işveren tarafından İş Kanunu m. 25/II (g) kapsamında haklı nedenle fesih gerçekleştirilmiştir.

⁶⁸⁴ AİHM, Eweida And Others v. The United Kingdom, T. 15.01.2013, B. No: 48420/10 36516/10 51671/10, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115881%22%5D%7D>, E.T: 22.12.2021.

Yargıtay yaptığı incelemede, işçinin işyeri yönetmeliği kapsamında zamanında izin talebinde bulunmamasını, işyerinde iş görme borcunu ifa edebilecek aynı nitelikte işçinin o anda mevcut olmamasını göz önünde bulundurarak feshin haklı nedene dayalı olduğunu kabul etmiştir⁶⁸⁵.

Ancak Yargıtay aynı konuya ilişkin ileri tarihli bir kararında farklı bir bakış açısı benimsemiştir. Söz konusu karar şu şekildedir⁶⁸⁶:

“Hac ibadetinin belli bir zaman diliminde ifa edilebileceği ve Suudi Arabistan'ın ülkelere kontenjan uygulaması nedeniyle bu istekte bulunanların uzun yıllar sıra bekledikleri, ismi kontenjana dâhil edilenlerin, bu haklarını kullanmamaları halinde sürecin yeniden işlemeye başladığı bilinen bir gerçektir. Davacı öğretmenin hacca gitme imkânını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle işgörme edimini uzun bir süre yerine getiremeyeceği açık olup işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan davacıya bu ibadetini ifası için izin verilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği dikkate alındığında, işçinin rapor alarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanyacağına kabulü mümkün görülmemektedir. İlk derece mahkemesince davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olmuştur.”

Görüldüğü üzere farklı yönde iki karar veren Yargıtay, kararların arka planında yer alan somut koşulları olay bazında değerlendirmiştir. Konuya ilişkin ileri tarihli kararında hac ibadeti için kontenjan bulunması, ibadetini yerine getirmek isteyen kişilerin uzun süre beklemek durumunda kalması, işçinin kıdemi gibi koşullar feshin haklı bir fesih ağırlığında değerlendirilmemesine yol açmıştır.

⁶⁸⁵ Y9HD, T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, www.legalbank.net, E.T: 17.08.2021.

⁶⁸⁶ Y9HD, T. 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, www.legalbank.net, E.T: 13.12.2021.

Bu konuya dair bir AİHM kararında da konu iş görme borcunun reddinin doğurabileceği sonuçlar üzerinden ele alınmış, doğum kontrol hapının satışını reddeden ve bulunduğu yerde tek olan eczacının AİHS m. 9'da düzenlenen din ve vicdan özgürlüğünden yararlanmasının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁸⁷. Söz konusu kararda ayrıca 9'uncu maddede düzenlenen özgürlüğün her uygulamayı ya da davranışı kapsamadığı, kamuya açık alanda bu özgürlük kapsamında her davranışı koruma altına almadığı, hapların satışını reddeden eczacının bu inancını mesleki alan dışında ifade etmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

Hekimler açısından da hizmetten çekilme hakkının bulunduğu Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi düzenlemelerde kabul edilmektedir. Bu düzenlemelere göre hekimlerin içeriği net bir şekilde düzenlenmese de mesleki ve şahsi nedenlere dayalı olarak tedaviyi reddetme hakları bulunmaktadır. Bu nedenlere örnek olarak hekimin husumetli olduğu bir kişiyi tedavi etmeyi reddetmesi, vicdani kanaati ya da dini inancı sebebiyle hastaya bakmaktan kaçınması gösterilebilir. Ancak bu hallerde de yukarıda yer alan AİHM kararındaki gibi bazı kısıtlar bulunmakta; “*acil yardım, resmi görevin ifası ve insani vazifenin ifası*” hallerinde tedaviden kaçınma hakkının söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir⁶⁸⁸. Dolayısıyla iş görme borcunun reddedilmesi hususu kapsamında yapılacak incelemede, bunun neticesinde gerçekleştirilecek sonuçlar da dikkate alınmalıdır.

⁶⁸⁷ AİHM, Pichon&Sajous v. Fransa, T. 02.10.2001, B. No: 49853/99, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-22644%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-22644%22]}), E.T: 17.08.2021.

⁶⁸⁸ **Gökhan Türe / Oğuzhan Türe:** “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, TBB Dergisi (2017), S. 131, s. 313-314.

d. Sonuç ve Değerlendirme

Sonuç olarak, işçinin dini inancı ya da vicdani kararı neticesinde belli bir iş görme borcunu reddetmesi din ve vicdan özgürlüğü kapsamında saygı duyulması gereken bir konu olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar İş Kanunu m. 25 kapsamında işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı bir fesih nedeni olarak düzenlense de bu reddedişin makul bir sebebe dayandığı hallerde Yargıtay haklı fesih yerine geçerli fesih hükümlerine başvurmaktadır. Dolayısıyla işçinin dini inancı ya da vicdani kararının kendi içinde tutarlı olmaması, işçinin reddetmekte olduğu iş görme borcunun niteliği hakkında önceden bilgi sahibi olması, reddedişinin iş sağlığı ve güvenliği açısından önemli olumsuzluklara yol açması halinde haklı fesih söz konusu olabilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere iş görme borcunun reddedilmesinin geçerli fesih teşkil etmesi için işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermesi ve işveren tarafından bu durumun ortaya konulması gereklidir. Eğer iş görme borcunun reddedilmesi işyerinde herhangi bir olumsuzluğa yol açmıyorsa, feshin son çare olması ilkesi kapsamında işverenden makul bir tedbir alması beklenebiliyorsa feshin geçerliliği sorgulanacaktır. Yukarıda hac ibadetine dair yer verilen Yargıtay'ın ileri tarihli kararında, kıdem tazminatı talebinin kabulünün gerektiği yönündeki ifadenin arkasında da bu saik yer almaktadır.

Bu noktada çalışanın iş görme borcunu yerine getirememesinin arkasında ibadetini yerine getirmek, inancını uygulamak gibi oldukça makul bir düşünce bulunmaktadır. Bu durum haklı nedene dayalı fesih ihtimalini devre dışı bırakmaktadır.

Geçerli nedene dayalı fesih açısından bir değerlendirme yapıldığında ise işçinin kusurunun aranmadığı, işçinin yetersizliğine dayalı geçerli nedenle fesih kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyim. Nitekim çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı fesihte çalışanın kusurlu bir açıklama ya da davranışı şarttır. Konumuz açısından bu şekilde bir kusurlu davranış söz konusu olmadığı için de konuyu işçinin yetersizliği kapsamında ele almak gereklidir.

3. Eğilimli İşletmelerde İşçinin İnanç ve Görüşlerinin İşletmenin Çizgisiyle Çelişmesi

a. Eğilimli İşletme Kavramı

Türk hukukunda herhangi bir yasal düzenlemede yer almayan eğilimli işletme kavramı; siyasi, dini, felsefi, kültürel açıdan belli bir çizgiyi benimseyen, bu çizgiyi kendisine bir çatı kabul eden ya da bu çizgiye hizmet eden işletmeleri tanımlamak için kullanılan bir kavramdır. Öğretide Civan tarafından da kâr amacı gütmeyen ve ideal bir amacı gerçekleştirmeye çalışan işletmeler olarak tanımlanmıştır⁶⁸⁹. Kaynağı Alman hukuku olan bu kavram Alman İşyeri Teşkilat Yasası (*Betriebsverfassungsgesetz*) § 118’de “*Tendenzbetrieb*” şeklinde ifade edilmektedir⁶⁹⁰. Kavram için Türk öğretisinde Dulay Yangın ve Baysal tarafından “eğilimli işletme”⁶⁹¹, Birben tarafından da “manevi amaçlı işletme”⁶⁹² kavramları tercih edilmiştir.

⁶⁸⁹ Civan, s. 192.

⁶⁹⁰ Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2064.

⁶⁹¹ Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2064; Baysal, s. 112.

⁶⁹²Erhan Birben: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 143.

Bu tür kuruluşlara örnek olarak siyasi partiler, basın kuruluşları ya da kilise kuruluşları verilebilir⁶⁹³. İşletmelerin siyasi, dini ve benzeri kimliğinin yoğun bir şekilde o işletmeye hâkim olması gerekmektedir.

b. Eğilimli İşletmelerin Çalışanlardan Beklentileri

Eğilimli işletmeler, kamuoyu nezdindeki imajlarını ve kurumsal kimliklerini muhafaza etmek maksadıyla çalışanlarının benimsenen inanç ve ahlak doktrininin temel ilkelerine bağlı kalmalarını isteyebilir ve özel hayatlarında da uyması gereken özel sadakat yükümlülükleri belirleyebilir⁶⁹⁴. Bu kapsamda işçinin düşünce ve ifade özgürlüğünün eğilimli işletmelerde bir nebze sınırlandırılmış olduğu ifade edilebilir⁶⁹⁵.

İşçi, söz ve eylemleriyle eğilimli işletmenin amaçlarıyla çelişmekten kaçınmalıdır. Eğilimli işletmelerde bulunan manevi amacın işçi tarafından küçümsenmemesi, buna belli bir ölçüde saygı gösterilmesi gereklidir⁶⁹⁶.

Alman hukukunda özellikle kilise ve ilgili kuruluşları belli bir özerklikten faydalanmakta ve işyeri yönetimini belli ilkeler çerçevesinde şekillendirmektedirler. Örnek olarak Alman öğretisinde, kilise ile iş sözleşmesi ilişkisine girecek olan işçinin normal bir iş ilişkisinde fesih için yeterli olmayacak nedenlerle işten çıkarılabileceği ifade edilmektedir⁶⁹⁷. Bu doğrultuda işçinin gerek işyeri gerek işyerinin dışındaki davranışları açısından işçiye artırılmış bir sorumluluk yüklendiği ifade edilebilir⁶⁹⁸. Bu durum mahkemeler tarafından da dikkate alınmakta ve amaç kapsamındaki bazı

⁶⁹³ **Klaus Sakowski:** Arbeitsrecht, 2. Auflage, Springer Gabler, Heidenheim 2020, s. 16.

⁶⁹⁴ BAG, 12.12.1984 - 7 AZR 418/83, https://www.prinz.law/urteile/BAG_7_AZR_418-83,E.T:18.08.2021.

⁶⁹⁵ Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 148.

⁶⁹⁶ Sakowski, s. 16; Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2065.

⁶⁹⁷ **Siegfried Löffler:** "Kündigung von Arbeitnehmern bei der Katholischen Kirche", Sozialer Fortschritt (Juni 1980), Vol. 29, No. 6, s. 123.

⁶⁹⁸ Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 148; Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2065.

hallerde normal bir işyerine göre daha fazla işveren lehine yorumda bulunmaktadır⁶⁹⁹.

İşletme gerek işvereni gerekse bu niteliği taşıyan işçileriyle bütünsel bir profil oluşturmakta, topluma bir mesaj vermektedir. Dolayısıyla bu bütünlüğü sağlamak adına işe alım sürecinde ve iş sözleşmesinin devamında farklı yöntemler izlemeleri, örneğin işe alım sürecinde normal koşullarda ayrımcılık teşkil edebilecek siyasi ya da dini eğilime yönelik sorular sormaları mümkündür. Alman içtihat hukukunda bu tarz istisnai soruların sorulabileceği kabul görmektedir⁷⁰⁰.

Bu duruma benzer bir şekilde, Türk hukuku açısından çalışmamızda daha önce yer verildiği üzere 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1-d’de dini kurumlarda yalnızca o dine mensup kişilerin istihdam edilmesinin mümkün olduğu, bu durumun ayrımcılık teşkil etmediği düzenlenmektedir.

c. Manevi Amaç Taşıyıcısı Olan İşçi

Burada dikkate alınması gereken işçi, herhangi bir işçiden ziyade eğilimli işletmeyi bu yönde resmi bir sıfat taşıyarak ya da taşımayarak temsil eden, bir nevi sözcülüğünü üstlenen ve bu eğilimin yansımada etkisi bulunan işçilerdir⁷⁰¹. Söz konusu işçiler Birben tarafından “manevi amaç taşıyıcısı” olarak ifade edilmiştir⁷⁰². Bu açıdan bir değerlendirme yapıldığında, Sevimli tarafından da ifade edildiği üzere

⁶⁹⁹ Sakowski, s. 16; Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2066.

⁷⁰⁰ **Andreas Wien:** Arbeitsrecht Eine Praxisorientierte Einführung, 1. Auflage, Gabler, Wiesbaden 2009, s. 18; **Ahmet Sevimli:** “İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 185.

⁷⁰¹ Sakowski, s. 17; Civan, s. 193; Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2065; Baysal, s. 113.

⁷⁰² Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 146.

şirkette üst düzey yönetici olarak çalışan işçi ile temizlikten sorumlu işçinin şirketi aynı derecede temsil ettiği, kamuoyuna benzer şekilde yansıttığı söylenemez⁷⁰³.

Eğilimli bir gazete açısından bir değerlendirme yapıldığında, genel yayın müdürü ve köşe yazarları manevi amaç taşıyıcısı olarak nitelendirilebilir⁷⁰⁴. Bu noktada önemli olan, işçinin manevi amaç doğrultusunda yürüttüğü işlerin diğer bağlantısız işlere göre daha baskın nitelikte olması değil, amaç ile bağlantılı işlerinin önemsenemeyecek nitelikte olmaması gerektiğidir⁷⁰⁵.

d. İşçinin Uyum Yükümlülüğünün Kapsamı

İşçinin, eğilimli işletmenin amaçlarını desteklemeye, özel yaşamında bu amaç kapsamında hareket ve tavırda bulunmasına yönelik bir yükümlülük altında olup olmadığı ise öğretilerde tartışma konusu olmuştur. Bu görüşlerden birine göre işçinin işyeri dışında özel hayatındaki bir davranışının feshe konu olması için, eğilimli işletmenin amaçlarına zarar ver vermesi ve ona engel olması gereklidir⁷⁰⁶. Dulay Yangın ve Birben, işçiden o din ya da siyasi görüş kapsamında hareket etmesinin işyerinde beklenebileceğini, ancak işyeri dışında işçinin hayatını manevi amaç doğrultusunda yönlendirme yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmişlerdir⁷⁰⁷. Civan'a göre de işçinin işyeri dışındaki özel hayatına dair tüm davranışlarını işletmenin bulunduğu çizgide belirlemesi söz konusu değildir⁷⁰⁸.

Kanaatimce işyeri dışında işçinin eğilimli işletmenin görüşleri doğrultusunda hareket etmesinin beklenmesi hususu da işçinin o işyerindeki konumuna ve davranışın

⁷⁰³ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 288.

⁷⁰⁴ Baysal, s. 113.

⁷⁰⁵ Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 147.

⁷⁰⁶ Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 149; Baysal, s. 113.

⁷⁰⁷ Dulay Yangın, Dini Sembol, s. 2067; Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 149.

⁷⁰⁸ Civan, s. 194.

niteliğine bağı olarak değişkenlik gösterebilecek bir husustur. Örnek olarak alkol ve uyuşturucu bağımlılığına karşı kendini mücadeleye adanmış bir sivil toplum kuruluşunda çalışan işçinin işyeri dışında uyuşturucu kullanımının geçerli nedenle feshe yol açabileceği değerlendirilmektedir⁷⁰⁹. İşçinin o işyeri açısından çok önemli bir pozisyonda olması, işçinin kamuoyunda da önemli bir tanınırlığının olması halinde bu yönde bir beklentinin oluşması makul görülmelidir.

“Eğilimli işletme” kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Bu kararlardan birine göre Astrid Siebenhaar Katolik bir Alman olup, 1997’de Pforzheim şehrinde Protestan bir cemaatçe yönetilen kreşte çalışmaya başlamıştır. İş sözleşmesinde, Protestan kilisesi çalışanlarına yönelik iş kanunu hükümlerinin geçerli olduğu ve bu kapsamda işçinin Protestan kilisesinin hükümleriyle çelişecek nitelikte bir organizasyonun üyesi olamayacağı ve bu organizasyonlarda çalışamayacağı ifade edilmektedir. Bayan Siebenhaar’ın Evrensel Kilise/İnsanlığın Kardeşliği isimli dini bir topluluğun üyesi olduğunu ve burada dersler verdiğini öğrenen Protestan kilisesi iş sözleşmesini ihbarsız feshetmiştir. AİHM, Bayan Siebenhaar aleyhine verdiği kararda, dini toplulukların özerkliğinin, AİHS m. 9 kapsamında Devletin haksız müdahalelerine karşı korunduğunu, Bayan Siebenhaar’ın Evrensel Kiliseye olan bağlılığının işverenin ideallerine saygı duyması noktasındaki güvenilirliğini zedelediğini ifade etmiştir⁷¹⁰.

Alman içtihat hukukunda da Katolik kilisesince yönetilen bir hastanede çalışan doktorun kilise üyeliğinden ayrılması işçinin işe yeterliliği kapsamında ele alınmış ve geçerli nedene dayalı fesih kabul edilmiştir. Kararda, feshin sosyal açıdan haklı

⁷⁰⁹ Birben, İşçinin Özel Yaşamı, s. 161.

⁷¹⁰ Siebenhaar / Germany, B. No: 18136/02, T. 03.02.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-139444%22%5D%7D>, E.T: 18.08.2021.

sayılması için somut olayın tüm koşullarının da ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷¹¹.

e. Sonuç ve Değerlendirme

Eğilimli işletmenin amaçları ile manevi amaç taşıyıcısı konumundaki işçinin kişisel durumunun çelişmesi halinde işçinin iş açısından gerekli nitelikleri taşımamasından bahisle işçinin yeterliliğine dayanan geçerli feshin söz konusu olacağı değerlendirilmektedir⁷¹². Nitekim kişinin sahip olduğu inanç ve görüşler dolayısıyla ona bir kusur atfedilmesi mümkün görülmemektedir. İşçiye bu yönde bir kusur atfedilmesi mümkün olmadığı için de işçinin davranışlarına dayalı feshin ya da haklı feshin söz konusu olamayacağını düşünmekteyim.

Böyle bir durumda işletmenin kamuoyu nezdindeki inandırıcılığı zarar görmekte, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getireceğine dair işverenin duyduğu güven zedelenmektedir⁷¹³. İş ilişkisinin kişisel nitelikte bir sözleşme oluşu bu yönde bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Ancak bu durumda dahi feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçinin “manevi amaç taşıyıcısı” niteliğini taşımayacağı bir pozisyonda çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı ve olumsuz öngörü ilkesi kapsamında bu durumun geleceğe yansımalarının ne seviyede olacağı irdelenmelidir.

⁷¹¹BAG, 12.12.1984 - 7 AZR 418/83, https://www.prinz.law/urteile/BAG_7_AZR_418-83,E.T:18.08.2021.

⁷¹² Baysal, s. 116; **Muhittin Astarlı**: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, Haz. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 315.

⁷¹³ Astarlı, s. 315; Baysal, s. 116.

4. Evlilik ve Boşanmanın Yetersizliğe Dayanan Geçerli Neden Teşkil Etmesi

a. Genel Olarak

İşçinin medeni statüsünde meydana gelebilecek bir değişimin, yani evlenmesinin ya da boşanmasının tek başına geçerli nedene dayalı bir fesih oluşturması mümkün değildir. Bununla birlikte özellikle Alman öğretisinde “*zölibatsklauseln*” yani “*bekâr kalma*” ya da “*evlenmeme*” koşulu olarak ifade edilen durumun özellikle kadın işçiler için iş sözleşmesinde bir şart olarak koyulmasına resmi olsun ya da olmasın geçmişte rastlanılmıştır. Alman öğretisinde söz konusu şartın eşit davranma ilkesini ihlal etmesi sebebiyle geçersiz olduğu ifade edilmiştir⁷¹⁴.

Evliliğin işçi açısından bir yetersizlik olarak görülmesi hali, işçinin eşinin rakip bir firmada çalışması ve işçinin çalışmakta olduğu işletmenin ticari sırları gibi gizli nitelikteki bilgilerine ulaşabilecek pozisyonda olması halinde mümkün görülmektedir⁷¹⁵. Böyle bir durumda işverende işletmesinin gizli kalması gerektiğini düşündüğü bilgilerin rakip firmaya işçinin eşi vasıtasıyla geçebileceği yönünde oluşan şüphenin geçerli nedenli feshe dayanak oluşturduğu değerlendirilmektedir. Bu noktada işçinin işletmenin çıkarlarının korunması açısından güvenilirliğini yitirdiği ve bu durumun iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik teşkil ettiği düşünülmektedir.

İşyerinde gönül ilişkisinin yaşanmasına dair bir yargı kararında da evli şahıs ile ilişki içerisinde bulunan ve buna dair bir bildirimde bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayalı bir fesih olduğu ifade edilmiştir. Kararda davalı tarafın savunmasında banka müdürü ile ilişki yaşayan davacının performans

⁷¹⁴ **Erich Molitor:** “Die Unzulässigkeit von Zölibatsklauseln in Einzelarbeitsverträgen (Rechtsgutachten)”, Arbeit und Recht (Dezember 1953), Vol. 1, No. 12, s. 353.

⁷¹⁵ Baysal, s. 117.

değerlendirmelerini gerçekleştiren şube müdürünün objektif davranmasının beklenemeyeceği ve ilişkinin gizli tutulmasının işveren ile işçi arasındaki güveni zedelediği ifade edilmiş olup, bu ilişkinin gizlenmesi sonucu iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemeyeceğine hükmedilmiştir⁷¹⁶. Söz konusu kararın ilgili kısmı aşağıdaki ifadeleri içermektedir:

“Mahkemece feshin geçerli sebebe dayanmadığı gerekçesiyle davacının iş iadesi yönünde karar verilmiş ise de davacı ile aynı şubede üssü konumundaki dava dışı evli şahsın özel ilişki yaşadıkları, bu durum hakkında davalı bankaca bilgi istenilmesine rağmen reddedildiği sabittir. İşverenin bu davranışı yapan işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Boşanma noktasında da boşanmanın tek başına iş ilişkisinin feshine dair bir etkide bulunması mümkün değildir. Ancak Kılıçoğlu/Şenocak ve Baysal tarafından dile getirildiği üzere, aynı işyerinde çalışan eşler açısından gerek boşanma gerekse evlilik esnasında yaşanan anlaşmazlık hallerinin işyerindeki huzuru ve çalışma düzenini olumsuz etkileyeceği yönünde haklı bir beklenti varsa, davranış ya da yetersizlik kaynaklı feshin söz konusu olması mümkündür⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Y22HD, T. 19.01.2015, E. 2015/35211, K. 2015/79, www.lexpera.com.tr, E.T: 31.08.2021.

⁷¹⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 363; Baysal, s. 118.

b. 6284 sayılı Kanun Kapsamındaki Tedbir Kararlarının İş Görme Borcuna

Yansımaları

Bu noktada ele alınması gerekli bir diğer nokta da aynı işyerinde çalışan eşler ya da gönül ilişkisi içinde bulunan işçiler arasında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m.2/1-d’de düzenlediği şekliyle “şiddet⁷¹⁸” içeren davranışların gerçekleşmesi neticesinde mezkûr Kanun’un 5’inci maddesinde düzenlenen “*Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması*” tedbirinin hâkim tarafından uygulanması halidir. Hâkim tarafından mezkûr Kanun’un 4’üncü maddesinde “*işyerinin değiştirilmesi*” gibi bir tedbir uygulanması mümkünse de böyle bir değişikliğin mümkün olmadığı hallerde şiddet uygulayan hakkında verilen yaklaşmama tedbirinin iş ilişkisine ne şekilde tesir edeceği hususu tartışmalıdır. Öğretide Baysal böyle bir durum halinde işçinin işe dair olmayan kusuru neticesinde iş görememesinin yetersizlik kaynaklı geçerli feshe yol açabileceğini ya da İş Kanunu m. 25/III kapsamında zorlayıcı neden kabul edilerek haklı feshe başvurulabileceğini ifade etmektedir⁷¹⁹. Öğretide yer alan bir diğer görüş de işyeri değiştirmenin mümkün olmadığı hallerde hâkim tarafından yaklaşmama tedbirinin verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁷²⁰.

Bu husus yakın tarihli yargı kararlarına da konu olmuştur. Bu kararlardan birine göre işçi hakkında Aile Mahkemesince aynı yerde çalıştığı eşine 200 metreden fazla yaklaşmaması gerektiği yönünde tedbir kararı verilmiştir. Bu durum aynı gün işyerine bildirilmesine rağmen, ilk başta işçinin yıllık izne ayrılma talebi reddedilmiş,

⁷¹⁸ 6284 sk m. 2/1-d “Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı” ifade eder.

⁷¹⁹ Baysal, s. 119.

⁷²⁰ **Sezgi Öktem Songu / Asiye Şahin Emir:** “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Çalışma İlişkilerine Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Aralık 2020), C. 26, S. 2, s. 1172.

ardından da devamsızlığı sebebiyle haklı nedenle fesih işlemi uygulanmıştır. Mahkeme ise kararında “*davacının bildirilen ve tutanak ile tespit olunan tarihlerde işyerinde olmamasının, davacı yönünden haklı ve zorlayıcı nitelikte bir sebebe dayandığını*” ifade ederek, feshin haksız olduğuna hükmetmiştir⁷²¹.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olan diğer bir yargı kararında da Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7’nci Hukuk Dairesi işçinin evli olan ve üstü konumundaki diğer işçiyle ilişkisi yaşamasının işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vereceğini, iş barışını ve huzurunu bozacağını, işverenin işçiye duyduğu güveni yitirmesine neden olacağını ve bu itibarla fesih için geçerli neden teşkil edeceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise hak ihlali gerçekleştiğini ifade ettiği kararında, fesih türüne ilişkin bir değerlendirme yapmamakla birlikte işçinin yaşadığı gönül ilişkisinin işyerinde ne tür olumsuzluklara yol açtığının ortaya konulmadığını, işverenin işyerinde özel hayata dair belli kısıtlamalar getirebileceğini ancak demokratik toplumdaki temel hak ve özgürlüklere de saygı duyulması gerektiğini belirtmiştir⁷²².

c. Sonuç ve Değerlendirme

Kanaatimce işçi hakkında tedbir kararı verilmesi neticesinde oluşan devamsızlığı “*İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebep*” niteliğinde değerlendirmek ve haklı nedene dayalı fesih yoluna başvurmak mümkün değildir. Buradaki zorlayıcı neden kavramı işçinin çevresinde meydana gelen ve işçinin herhangi bir kusuru olmaksızın iş görme borcunu yerine getirmesini engelleyen, iş sözleşmesini askı haline getiren bir durumu

⁷²¹ Y22HD, T. 27.02.2017, E. 2017/5602, K. 2017/3902, www.legalbank.net, E.T: 19.08.2021.

⁷²² AYM, T. 25.02.2021, B. No: 2018/4144, www.lexpera.com.tr, E.T: 31.08.2021.

tanımlamaktadır⁷²³. Dolayısıyla 6284 sayılı Kanun kapsamındaki tedbir kararı neticesindeki devamsızlığın, işçinin oluşumunda herhangi bir kusurunun olmadığı zorlayıcı neden kabul edilmesi mümkün değildir.

Bilindiği üzere, 6284 sayılı Kanun m. 8/3'te koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmadığı ve önleyici tedbir kararının geciktirilmeksizin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu Kanun kapsamında tatbik edilen tedbir kararının, aleyhinde tedbir kararı verilen işçi aleyhine kötüye kullanımı da mümkündür. Her ne kadar bu durumun önüne geçmek mahkemelerin elinde olsa da işveren tarafından temkinli davranılmasında ve bu durumun doğrudan haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmemesinde de fayda bulunduğunu değerlendirmekteyim.

Mahkemece kapsamlı bir yargılama süreci gerçekleştirilmeden uygulanan ve işçinin özel hayatına ilişkin bir durumun neticesinde verilen tedbir kararının sebep olduğu devamsızlığın haklı fesih ağırlığında ele alınmaması gerektiği kanaatindeyim. Dolayısıyla kusurun kimde olduğunun net olarak anlaşılabilmesi halinde, işçinin davranışına dayalı bir fesihten bahsetmek de söz konusu olamayacağı için, işçinin iş görme borcunu gerektiği gibi yerine getirmesi açısından bir yetersizlik olarak değerlendirmek akla uygun görünmektedir.

Bu noktada hatalı bir karar vermekten kaçınmak için işverenin uzaklaştırma süresi kapsamında ücretli ve ücretsiz izin seçeneklerini değerlendirmesi de mümkündür. Dolayısıyla gerek evlenme gerekse evlilik esnasında meydana gelen ve

⁷²³ Süzek, s. 706; Aynı yönde yargı kararı için bkz; "Somut uyuşmazlıkta, davacının iş sözleşmesi, davalı işverence ...'da meydana gelen olaylar sebebiyle oluşan şartların çalışma imkânını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (III) numaralı bendi uyarınca feshedilmiştir. ...'da yaşanan olaylar ve akabinde başlayan iç savaş herkesçe bilinen vakıa niteliğinde olup bu durum işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebeptir." Y22HD, T. 15.11.2007, E. 2015/18830, K. 2017/24921, www.legalbank.net, E.T: 31.08.2021.

boşanmaya kadar varabilen aile uyuşmazlıklarında feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir.

5. İşçinin İşyeri Dışında Suç İşlemesi, Bu Kapsamda Gözaltına Alınması ve Tutuklanmasının Geçerli Neden Oluşturması

a. Haklı Fesih Nedeni Teşkil Eden Haller

İş Kanunu m. 25/II, f düzenlemesi kapsamında işçinin işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi haklı fesih nedenidir. İşçinin işverene karşı bir suç işlemesi de aynı madde kapsamında işverene işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını vermektedir.

Yargıtay'ın bazı kararlarında da işyeri dışında işlenmiş olsa dahi devlet aleyhine işlenen suç nedeniyle meydana gelen devamsızlığın haklı fesih teşkil ettiği ifade edilmektedir⁷²⁴.

Bunun yanı sıra, m. 25/IV kapsamında işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması da haklı nedenle fesih kapsamında düzenlenmektedir.

b. Geçerli Fesih Nedeni Teşkil Eden Haller ve Feshin Niteliği

Söz konusu durumlar dışında, işçinin belli bir suçu işlemesi ancak bu durumun haklı fesih nedeni teşkil etmemesi halinde, bu suçun kendisinin ya da neticelerinin iş görme borcunun yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik teşkil etmesi

⁷²⁴ Y9HD, T. 16.12.2008, E. 2008/40694, K. 2008/33770, www.lexpera.com.tr, E.T: 01.09.2021; Y9HD, T. 26.11.1996, E. 1996/13445, K. 1996/21839, www.lexpera.com.tr, E.T: 01.09.2021.

mümkündür⁷²⁵. Bu konuya ilişkin bir kararında Yargıtay "on beş yaşından küçük çocuğa karşı ırza ve namusa tasaddi" suçunu işlemesi neticesinde mahkûmiyetine karar verilen, ancak yargı yoluna başvurulması nedeniyle hükmün henüz infaz edilmediği dönemde işçi hakkında, söz konusu suçun işyerinde iş görme borcunun yerine getirilmesi ve iş ilişkisine olumsuz etkide bulunacağı gerekçesiyle geçerli nedene dayalı feshin söz konusu olacağını ifade etmiştir⁷²⁶.

Yargıtay bu değerlendirmeyi yaparken işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı feshin söz konusu olacağını belirtmiştir. Öğretide Süzek de bildirim sürelerini aşmayan ancak işyerinde olumsuzluklara yol açan tutukluluk hallerini işçinin davranışlarına dayalı fesih halleri içinde incelemiştir⁷²⁷.

Benzer bir Yargıtay kararında da suçun işyerinde ya da işyeri dışında işlendiğine ilişkin bir bilgi verilmemekle birlikte, bildirim sürelerini aşmayan gözaltı ve tutukluluk sürelerinin işyerinde olumsuzluklara yol açabileceği ve geçerli neden teşkil edebileceği ifade edilmektedir⁷²⁸:

"İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince; fesih bildirimının işçiye gönderildiği tarih itibari ile gözaltı ve tutukluluk süresinin ihbar önelinden bir gün az olması nedeniyle " bildirim süresi aşılmamış olduğundan" feshin geçersiz olduğu kabul edilmiş ise de; bu kabul dosya içeriği ile örtüşmemektedir. Bildirim süresinin aşılmamış olması nedeniyle fesih tarihi itibariyle iş akdinin feshinin haklı nedene dayalı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Ancak davacının fesih bildiriminin işçiye gönderildiği tarihe kadar geçen gözaltı ve tutukluluk süresi dikkate alındığında, işçinin bu kadar uzun süre işverene karşı olan iş görme borcunu yerine getirmemesi

⁷²⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 364.

⁷²⁶ Y9HD, T. 25.04.2005, E. 2005/10292, K. 2005/14479, www.legalbank.net, E.T: 01.09.2021.

⁷²⁷ Süzek, s. 592.

⁷²⁸ Y22HD, T. 27.06.2018, E. 2018/39292, K. 2018/16082, www.lexpera.com.tr, E.T: 01.09.2021.

işyerinde olumsuzluklara yol açacağından feshin haklı nedene dayalı olmasa bile geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.”

Öğretideki farklı bir görüşe göre de Baysal işçinin davranışıyla iş görme borcuna ilişkin bir ihlalde bulunmadığını, ancak bu durumun işyerinde işçiye karşı tepkiler oluşmasına yol açarak iş barışını ve çalışma huzurunu olumsuz etkileyeceğini, bu nedene dayalı olarak da feshin işçinin yetersizliğine dayalı bir fesih olduğunu ifade etmektedir⁷²⁹. Baysal’a benzer bir şekilde ABD’de gerçekleşen bir hadisede işçi, ayrı yaşadığı eşinin işyerine giderek onu kurşunlayarak öldürmüş ve işverence iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşveren, uyuşmazlık konusu olan feshine ilişkin olarak, işyerinde çalışan ve cinayeti işleyen işçinin işlemiş olduğu ağır suçun da etkisiyle endişeli olduklarını belirten işçilerin ifadelerini yargı makamlarına sunmuştur⁷³⁰.

Bunun dışında bir eğitim kurumunda çalışan işçinin uyuşturucu ile ilgili bir suçtan ya da çocuğa karşı işlenen bir suçtan gözaltına alınması ya da tutuklanması da işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek, işçi ile işveren arasındaki güven duygusunu zedeleyebilecek ve iş görme borcu açısından bir yetersizlik teşkil edebilecek hallere örnek olarak verilebilir. Yine bu doğrultuda işyerinin dışında işlenmiş olsa dahi bazı suçların işletmenin saygınlığına olumsuz tesirde bulunabileceği hususu da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanaatimce de işçinin davranışına dayalı olarak geçerli nedenle feshin söz konusu olması için, iş görme borcunun yerine getirilmesine ilişkin bir ihlal meydana gelmeli ve işyerindeki işleyişi olumsuz yönde etkilemesi gerekmektedir. Bu doğrultuda haklı fesih nedeni teşkil etmeyen tutukluluk hallerini işçinin

⁷²⁹ Baysal, s. 121; **David Epstein**: Criminal Charges, Labor Relations Bulletin (10803211) (Jun2003), Issue 747, s. 7.

⁷³⁰ Epstein, s. 7.

davranışlarından kaynaklı fesih halleri içinde değerlendirmemek gerekir. Aşağıda yer verilen Yargıtay'ın yakın tarihli kararı da bu yöndedir ⁷³¹:

“İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşturur. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği 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 nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır. İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir.”

İşçinin iş görme borcunu ihlal etmesi yönünde bir eylemi olmamakla birlikte, haklı fesih nedeni ağırlığına ulaşmamış söz konusu tutukluluk hali işyeri ve çalışma düzenini olumsuz etkileyecek bir seviyeye ulaşmışsa, bu durum iş görme borcunun yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik teşkil etmektedir. Bu nedenle gerçekleştirilecek fesih işçinin yetersizliğine dayalı bir fesih olarak nitelendirilmelidir.

⁷³¹ Y9HD, T. 12.01.2021, E. 2020/8871, K. 2021/425, www.legalbank.net, E.T: 01.09.2021.

6. İşçinin Borçluluk Durumu ya da Maaşı üzerinde Haciz Uygulanmasının Yetersizlik Teşkil Etmesi

a. Genel Olarak

Normal koşullarda işçinin mali durumunun iş ilişkisine etki etmesi beklenen bir husus değildir. Ancak bazı hallerde işçinin aşırı borçlu olmasının ve bu nedenle sık sık icra takipleriyle muhatap olmasının işçinin yetersizliği ya da davranışları kaynaklı geçerli neden teşkil edebileceği öğretide ifade edilmektedir⁷³².

Konu özellikle işçinin işletmede güven duygusuna yoğun ihtiyaç duyulan bir pozisyonda çalışması üzerinden incelenmektedir. Buna göre, işletmenin nakit akışı, hesapları, araçları ve benzeri malvarlığı değerleri üzerinde kontrol sahibi olan, bunları işi gereği kullanan işçilerin aşırı borçlu olmaları halinde, söz konusu malvarlığı değerlerini kendi çıkarına olacak şekilde kötüye kullanabileceği varsayımı bulunmaktadır. Bu ihtimalin yanı sıra, muhtemel hacizler kapsamında işçinin zilyet yardımcısı sıfatıyla üzerinde bulunan mallara el konulması da mümkündür⁷³³. Dolayısıyla iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi açısından işverenin işçiye duyduğu güven zedelenmekte, bu durumun da işçi açısından bir yetersizlik hali teşkil ettiği düşünülmektedir.

İşçinin maaşına haciz uygulanması noktasında da Yargıtay'ın 2016 tarihli şu kararının incelenmesinde fayda bulunmaktadır⁷³⁴:

“Dosya içeriğinde davacının dosyasından 1.549,30 TL.lik 05.11.2013, dosyasından 942,94 TL.lik 17.06.2013, sayılı dosyasından 4.828,54 TL.lik 30.05.2013,

⁷³² Baysal, s. 125.

⁷³³ Baysal, s. 125.

⁷³⁴ Y7HD, T. 01.11.2016, E. 2016/28221, K. 2016/17940, www.lexpera.com.tr, E.T: 02.09.2021; Aynı yönde bkz; İstanbul BAM28HD, T. 05.03.2020, E. 2020/4079, K. 2020/289, www.lexpera.com.tr, E.T: 02.09.2021.

2012/4775 Esas sayılı dosyasından 2.000,00 TL.lik 27.08.2012, 2012/6841 Esas sayılı dosyasından 720,93 TL.lik 09.10.2012, tarihli ücret haczi müzekkereleri ve bazı dosyalara davalı işverence yapılan haciz kesintisi ödemelerine ilişkin dekontları söz konusudur. Somut olayda işçinin ücretine haciz konulması değil, bu uygulama nedeni ile işyerinin olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği, işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemez bir duruma gelip gelmediği önemlidir. Davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacı işçinin borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcamıştır. İşverenin bu işlemler için ayrıca personel istihdam etme zorunluluğu yoktur. Davacının maaşından yapılan haciz kesintileri 2012 ve 2013 yıllarında yoğun olmakla beraber 2014 yılında da mevcuttur. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmakta olup fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”

Söz konusu kararda işçinin ücretine haciz uygulanmasının işyerinde ne tür bir olumsuzluğa yol açtığı açıkça ortaya konulmadan fesih nedeni olamayacağı ifade edilmektedir. Kararın devamında da işletmede görevli muhasebeden sorumlu personelin işçinin haciz işlemleri ile meşgul olmasının işyerinde bir olumsuzluğa sebebiyet verdiği, bu nedene dayalı olarak feshin geçerli bir fesih olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte benzer kararlarda işçiye bu yönde uyarı yapılmasının şart olduğu da ifade edilmektedir⁷³⁵.

⁷³⁵ Y9HD, T. 18.02.2019, E. 2018/6238, K. 2019/3907, www.legalbank.net, E.T: 03.09.2021.

b. Borçluluğa ya da Maaş Üzerindeki Hacze Dayalı Feshin Niteliği

Feshin niteliği noktasında Yargıtay 2008 tarihli bir kararında işçinin işveren tarafından yapılan uyarılara rağmen maaşı üzerindeki hacizleri kaldırmak için herhangi bir eylemde bulunmamasının işçinin davranışlarına dayalı bir geçerli fesih teşkil ettiğine hükmetmiştir.⁷³⁶:

“Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir(KR/Etzel,G., §1 KSchG Rdnr. 400 sh.123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına da-yanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., München 2002, Nr. 1168 sh.468).

İşçinin ücretinin borcu nedeniyle haczedilmesi, istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kılmalıdır, işçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğinin kabul edilmesi halinde geçerli fesih nedeninin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır.”

Kanaatimce Yargıtay tarafından feshin niteliğine dair yapılan değerlendirme isabetli bir değerlendirme değildir. Nitekim işçinin davranışlarına dayalı bir feshin söz

⁷³⁶ Y9HD, T. 24.03.2008, E. 2008/10363, K. 2008/6019, www.legalbank.net, E.T: 02.09.2021.

konusu olması için işe dair hangi sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edildiğinin ve bu durumun iş görme borcunu ne ölçüde olumsuz etkilediğinin ortaya konulması gereklidir⁷³⁷.

Öğretide Baysal da benzer yöndeki görüşünde, işçinin kusuruna dayalı bir olumsuzluğun meydana gelmesi halinde işçinin davranışlarından kaynaklanan feshin, kusuru olmamasına rağmen bir olumsuzluk meydana gelmesi halinde ise yetersizliğe dayalı feshin söz konusu olacağını ifade etmektedir⁷³⁸.

Yargıtay'ın bakış açısının kabul edilmesi halinde, borçlu hale gelmesinde herhangi bir kusuru olmayan, örnek olarak ailesinde bir yakınının sağlık sorunları nedeniyle borçlu hale gelen işçinin gerek o gerekse başka bir işyerinde çalışarak borcunu ödemesi imkânsız hale gelecektir⁷³⁹. Dolayısıyla bu yönde bir fesih işleminin geçerli bir nitelik arz etmesi için, borçluluk durumunda işçinin kusuru olup olmadığının, örneğin savruk bir yaşam tarzının olup olmadığının, borçluluk halinin işçinin performansını etkileyip etkilemediğinin ve işyerinde ne tür olumsuzluklara yol açtığı somut bir şekilde ortaya konulması gereklidir. Kanaatimce bu noktada feshe başvurabilme eşiğinin oldukça yüksek bir seviyede tutulması, işyerinde meydana gelen olumsuzlukların olağanüstü bir seviyeye ulaşmasının aranması gereklidir.

Baysal ise farklı yöndeki görüşünde işyerinde çalışan muhasebe personelinin bu tür işlerle uğraşmasının zaten onların görev tanımlarında bulunduğu gerekçesine

⁷³⁷ Şen, Haciz, s. 113; Bu yönde yargı kararı için bkz; Y9HD, T. 05.11.2015, E. 2015/30854, K. 2015/31326, www.legalbank.net, E.T: 02.09.2011.

⁷³⁸ Baysal, s. 127. Şen de işçinin davranışına dayalı feshin tüm şartlarının söz konusu kararda karşılanmadığını öne sürerek kararı hatalı bulmaktadır (**Murat Şen**: “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde)”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Mart 2009), S. 13, s. 112).

⁷³⁹ Mullen da benzer bir şekilde maaş haczi neticesinde işçinin işini kaybetmesinin işçinin mevcut finansal durumunu daha riskli hale getireceğini, daha fazla mahkeme kararının ve haczi tetikleyeceğini, bu durumun alacaklılar açısından da ekstra risk oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu durum işçiyi fesih sonrasında da takip etmekte, yeni bir işveren tarafından işe alınmasını da olumsuz yönde etkilemektedir (**Faith Mullen**: “Fifty Years After the Consumer Credit Protection Act: The High Price of Wage Garnishments”, Mitchell Hamline Law Review (2019), Vol. 45, No. 1, s. 216).

dayanarak ve bunun tek başına işyerinde bir olumsuzluk yarattığının ifade edilemeyeceğini belirterek Yargıtay kararını eleştirmektedir⁷⁴⁰. Bu görüş bir açıdan doğru olmakla birlikte, işyerinde meydana gelen olumsuzlukların somut bir şekilde ortaya koyulması halinde bunun geçerli bir neden oluşturabileceği kabul edilmelidir.

Nitekim İcra İflas Kanunu'nun "*Cumhuriyet savcılığınca takip*" başlıklı 357'nci maddesinde "*İcra dairesince kanuna göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yapmağa ve neticesini geciktirmeksizin icra dairesine bildirmeğe alakadarlar mecburdur. Makbul sebep haricinde tebliğ ve emirleri yapmayanlar hakkında ait olduğu dairece tahkikatı evveliyeye hacet kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan doğruya takibat yapılır.*" düzenlemesi yer almakta olup, söz konusu madde gereğince işveren üzerinde önemli bir sorumluluk da bulunmaktadır. Buna yönelik bir kararında Yargıtay da bu sorumluluğu vurgulamaktadır⁷⁴¹.

Borçluluk hali son zamanlarda işe alım aşamalarında da negatif bir faktör olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda yukarıda izah edilen gerekçelerle çalışma huzurunun olumsuz etkileneceği düşünülmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararına aşağıda yer verilmektedir⁷⁴²:

"Dosya içeriğine göre 22.01.2007 tarihinde 3. bir kişinin davacının kendisinden işe girme karşılığı para aldığını iddia ederek tarihsiz bir dilekçe verdiği, keza aynı işyerinde çalışan bir işçinin de 29.01.2007 tarihli dilekçe ile davacı adına kredi

⁷⁴⁰ Baysal, s. 128.

⁷⁴¹ "Borçlunun maaş ve ücretinin haczi İİK'nun 355 ve devam eden madde hükümlerine göre yapılır. İİK'nun 355.maddesine göre, icra müdürü borçlunun çalıştığı işyerine maaş ve ücretin haczedildiğine dair bir haciz yazısı yazar. Haciz yazısını alan işveren bir hafta içinde haczin icra edildiğini ve borçlunun maaş ve ücretinin miktarını icra dairesine bildirmeye ve borç bitinceye kadar icra dairesinin haciz bildirimine göre haczolunan miktarı borçlunun maaş veya ücretinden keserek hemen icra dairesine yatırmaya mecburdur. Aksi halde İİK'nun 356.maddesi gereğince kesmedikleri veya ilk vasıta ile göndermedikleri para ayrıca mahkemenen hüküm alınmasına hacet kalmaksızın icra dairesince maaşlarından ve sair mallarından alınır. Bu durumda, İİK.nun 355.maddesi hükümlerine riayet etmeyenlerin sorumluluğu, İİK.nun 356.maddesine göre, kesinti yapılmayan miktar ile sınırlıdır." Y12HD, T. 26.04.2011, E. 2012/8790, K. 2012/21570, www.legalbank.net, E.T:06.09.2021.

⁷⁴² Y9HD, T. 14.07.2008, E. 2007/42720, K. 2008/20166, www.legalbank.net, E.T: 03.09.2021.

çektğini, ancak davacının ödememesi nedeni ücretinden kesinti yapılarak ödemek zorunda kaldığını, dolandırıldığını şikâyet ettiği, bunun üzerine soruşturma başlatıldığı ve davacının borç para aldığını kabul ettiği, işe girme garantisi nedeni ile para aldığının kanıtlanmadığı, iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu tarafından alınan oy çokluğu kararı ile 08.02.2007 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta davacının iş arkadaşından borç para aldığı, bu borcu ödememesi nedeni ile adına kredi çeken iş arkadaşı hakkında icra takibi yapıldığı ve iş arkadaşının bu durumu şikâyet ettiği, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir, iş ilişkisinin sürdürülmesi işverenden beklenmemelidir. Davacının davranışlarından kaynaklanan neden vardır.”

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, Amerikan Federal Ücret Haczi Kanunu'nun (Tüketici Kredisi Koruma Kanunu'nun 3'üncü Başlığı) 304'üncü maddesinde hiçbir işverenin işçisini yalnızca bir borcuna dayanarak işten çıkaramayacağı düzenlenmektedir⁷⁴³. Bununla birlikte işverenin birden fazla ücret haczi için işçiyi işten çıkarması mümkün görünmektedir. İşverene birden fazla ücret haczi uygulanması halinde işten çıkarma noktasında kısıt konulmamasının arkasında yatan düşüncelerden birisi de işverenin ücret haczi sürecini doğru ve eksiksiz bir şekilde yönetememesi halinde sorumlu tutulması hususudur⁷⁴⁴. Söz konusu Kanun'un yürürlüğe girmesinden beri çoğu uyuşmazlık işverenin neler üzerinde ücret haczi tatbik edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Örnek olarak bahşişler Federal Vergi Kanunları çerçevesinde gelir olarak kabul edilmesine rağmen, Adil İş

⁷⁴³ The Federal Wage Garnishment Law, <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/legacy/files/garn01.pdf>, E.T: 03.09.2021.

⁷⁴⁴ **Jodi R Bohr**: “Ignoring Wage Garnishment Orders Can Be Perilous For Employers”, Arizona Attorney (January 2021), Vol. 57, Issue 5, s. 41.

Standartları Kanunu (*Fair Labor Standarts Act*) çerçevesinde ücret haczine konu edilebilecek bir kazanç olarak düzenlenmemiştir⁷⁴⁵.

c. Değerlendirme ve Sonuç

Sonuç olarak bir değerlendirme yapıldığında, iş görme borcunun yerine getirilmesi için güven duygusunun daha fazla önem taşıdığı bazı pozisyonlarda çalışan işçilerin aşırı borçlu olması ya da ücretlerine sık sık haciz gelmesi, işçinin yetersizliği kapsamında değerlendirilebilecek bir olgudur. Bu pozisyonlar haricinde ise işyerinin muhasebe ve hukuk servislerinin, daha küçük işyerlerinde ise işverenin bizzat kendisinin uygulanan maaş hacizleri sebebiyle üzerlerinde oluşan yoğunluk ve hatalı bir işlem yapmanın getirdiği yasal sorumluluk da kanaatimce geçerli bir fesih nedeni oluşturabilir.

Geçerli fesih nedenleri içinde de işçinin iş görme borcuna ilişkin bir yükümlülüğünün ihmali söz konusu olmadığı için davranış kaynaklı bir fesihden bahsetmek söz konusu değildir. Ancak, işyerinde yaşanabilecek bazı olumsuzluklar işyerinde iş görme borcunun sağlıklı ve verimli bir şekilde yerine getirilmesine engel olabilmekte, bu durum da işçinin “borçsuz olmak” ya da “borç ilişkilerini doğru yönetmek” gibi belirli bir niteliği haiz olmamasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sık sık uygulanan ücret hacizleri neticesinde işyerinde meydana gelebilecek olumsuzlukların somut bir şekilde ortaya konulması halinde işçinin iş görme borcunun yerine getirilmesi açısından yetersiz kaldığının kabul edilerek geçerli fesih uygulanması mümkündür. Ancak borçluluğa yol açan sebeplerin de göz önünde

⁷⁴⁵ Mullen, s. 220.

bulundurulmasında ve feshe başvurabilme eşiğinin oldukça yüksek tutulmasında fayda bulunmaktadır.

7. Covid-19 Aşısı Olmayı Reddeden İşçilerin Yeterlilik Açısından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Bilindiği üzere 2019 yılında Çin’de başlayarak tüm dünyaya yayılan COVID-19 hastalığı ülkemizde de ekonomik ve sosyal yaşantıyı derinden etkilemeye devam etmektedir. İnsandan insana bulaşan, herhangi bir aracı gerektirmeyen hastalık, enfekte olan kişilerden hava yoluyla yayılmakta ve ortamdaki yüzeylerde de belli bir süre etkin olmaktadır⁷⁴⁶. 13.12.2021 tarihli TÜBİTAK verilerine göre Türkiye’de bugüne dek 9.042.179 Covid-19 vakası görülmüş ve 79.151 kişi hayatını kaybetmiştir⁷⁴⁷.

Covid-19 hastalığına sebep olan Sars-Cov-2 korona virüsünün genetik dizilimi 11 Ocak 2020’de yayımlanmış olup, ilk Covid-19 aşısı adayı beklenmedik bir hızla 16 Mart 2020’de klinik testlere tabi tutulmaya başlamıştır. Bu hızlı süreçte yaşanan gerek sağlık alanında gerek sosyo-ekonomik boyuttaki gelişmelerin gelecekteki aşı teknolojisini de farklı bir noktaya taşıyacağı değerlendirilmektedir⁷⁴⁸. Nitekim 2021 yılı itibarıyla Dünya çapında birçok aşı acil kullanım onayı ile geniş topluluklar üzerinde uygulanmış ve uygulanmaya devam etmektedir. Bu süreç bilim çevrelerince

⁷⁴⁶**Nazmi Bilir:** “Coronavirus (Koronavirüs) Salgını, Koruyucu Uygulamalar ve Önlemler”, Çimento İşveren Dergisi (Mayıs 2020), C. 34, S.3, s. 8; **Resul Kurt:** Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 30.

⁷⁴⁷ <https://covid19.tubitak.gov.tr/>, E.T: 14.12.2021.

⁷⁴⁸ **Tung Thanh Le / Zacharias Andreadakis / Arun Kumar / Raul Gomez Roman / Stig Tollefsen/ Mellanie Seville / Stephen Mayhew:** The Covid-19 Vaccine Development Landscape, s. 1, https://www1.cgmh.org.tw/library_s/2020/paper/P-0428%20The%20COVID-19%20vaccine%20development%20landscape.pdf, E.T: 14.09.2021.

de boyut ve hız olarak emsalsiz olarak nitelenmekte, geçmişte uygulanan aşuların geliştirilme süreçleri olan ortalama 10 yıla kıyasla büyük bir gelişme olduğu ifade edilmektedir⁷⁴⁹. Bu gelişimin arkasında yeni üretim platformları, yapı bazlı antijen tasarımları, hesaplamalı biyoloji, protein mühendisliği ve gen sentezi gibi teknolojik gelişmeler yer almaktadır⁷⁵⁰. İlk Ebola virüsü aşısının hızlandırılmış bir süreçte 5 yılda kullanıma sunulması ile kıyaslanınca Covid-19 aşu geliştirme sürecinin farklı bir boyutta ilerlediği gözler önüne serilmektedir⁷⁵¹.

Küresel bir salgın olarak kabul edilen Covid-19, iş yaşantısını da önemli bir şekilde etkilemiş olup, çalışmamızın bu bölümünde hastalıktan korunma maksatlı uygulanan aşular ve aşu olmayı reddetmenin iş ilişkisi üzerindeki etkisi incelenecektir.

b. Kişinin Yaşam Hakkı ve Aşının Tıbbi Müdahale Niteliği

Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" düzenlemesi yer almakta olup, bu kapsamda kişilerin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller hariç dokunulması mümkün değildir. Dolayısıyla, belli bir istisna öngörülmüş olmakla birlikte kişilerin tıbbi müdahaleyi reddetme hakkı anayasal boyutta mevcuttur.

Tıbbi müdahale Anayasa Mahkemesi'nin Halime Sare Aysal kararında "*hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini*

⁷⁴⁹ Le/Andreadakis/Kumar/Roman/Tollefsen/Seville/Mayhew, s. 4; Graham, s. 1.

⁷⁵⁰ **Barney Graham:** "Rapid COVID-19 Vaccine Development", Science Magazine (2020), 10.1126/science.abb8923, s. 1, <https://plaguepit.com/wp-content/uploads/2020/05/COVID-19-vaccines.pdf>, E.T: 14.09.2021.

⁷⁵¹ Le/Andreadakis/Kumar/Roman/Tollefsen/Seville/Mayhew, s. 4.

icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler” şeklinde tanımlanmış olup, kararın devamında “birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu” ifade edilmiştir⁷⁵². İstisna olarak öngörülen tıbbi zorunluluk halinin ise aynı kararda “genel olarak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumları” ifade ettiği belirtilmektedir. Dolayısıyla zorunlu aşı açısından tıbbi zorunluluk halinin bulunduğu bahsedilmesi pek olası değildir ve kanuni dayanak aranmalıdır⁷⁵³.

Bu kapsamda salgını önlemek için çok önemli bir tedbir olarak görülen aşı Sağlık Bakanlığı'nın bilgilendirme maksatlı oluşturduğu platformda da *“İnsan ve hayvanlarda hastalık yapma yeteneğinde olan virüs, bakteri vb. mikropların hastalık yapma özelliklerinden arındırılarak ya da bazı mikropların salgıladığı toksinlerin etkileri ortadan kaldırılarak geliştirilen biyolojik ürünler”* şeklinde tanımlanmış

⁷⁵² AYM, Halime Sare Aysal Kararı, T. 11.11.2015, B. No: 2013/1789, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789>, E.T: 06.09.2021.

⁷⁵³ **Elif Sonsuzoğlu:** “Olası Aşı Pasaportu Uygulamasının Hukukiliği” (Bir Küresel Salgın ve Hukuk, Der. Murat Batı/Sezai Çağlayan), 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 117; **Mine Kasapoğlu Turhan:** “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (2019), C. 9, S. 1, s. 23.

olup⁷⁵⁴, tıbbi bir müdahale niteliğini haizdir⁷⁵⁵. Yine aynı platformda aşı sayesinde oluşan bağışıklamanın, salgının etkilerinin azaltılması ve ölümlerin engellenmesi açısından çok önemli bir toplum sağlığı müdahalesi olduğu ifade edilmektedir. Aşı, bireysel boyutunun yanı sıra toplumsal bir boyuta da sahip olup diğer tıbbi müdahalelerden ayrılmakta ve aşı olmayanların hastalığa yakalanma ihtimalini de azaltmaktadır⁷⁵⁶.

c. Aşı Zorunlu mudur?

Hukuk sistemimizde aşı uygulamasının düzenlendiği tek yer 1593 sayılı Hıfzıssıhha Kanunu olup, bu Kanun ile yalnızca çiçek aşısı açısından bir zorunluluk öngörülmüş, diğer aşılardan somut herhangi bir mecburi hükme yer verilmemiştir. Öğretide söz konusu Kanun'un virüs kaynaklı hastalıkları salgın hastalık kapsamında kabul etmemesine dayanarak çağın gereklerine ayak uydurmakta yetersiz kaldığı yönünde eleştiriler de mevcuttur⁷⁵⁷. Covid-19 aşısı ne 1593 sayılı Kanun'da ne de başka bir kanunda somut bir şekilde zorunlu olarak düzenlenmemiş

⁷⁵⁴ <https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/49-a-%C5%9F%C4%B1-nedir,-nas%C4%B1-etki-eder.html>, E.T: 09.09.2021. Aşı, 19.01.2005 tarihli ve 25705 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.4/1-f'de immünolojik ürün olarak ifade edilmiş olup, immünolojik ürün de "Kolera, BCG, polio ve çiçek aşılı gibi aktif bağışıklık sağlayan ajanlar; tüberkülin ve tüberkülin PPD, brusella, Schick ve Dick testleri dahil bağışıklık durumunu teşhis etmek için kullanılan ajanlar ve difteri antitoksini, anti-çiçek globulini, antilenfotik globulin gibi pasif bağışıklık sağlamak için kullanılan ajanları içeren tüm aşılardan, toksinler ve serumlar ile allerjen bir ajana karşı kazanılan spesifik immünolojik cevabı değiştirmek veya tanımlamak niyeti ile kullanılan allerjen ürünlerden oluşan beşeri tıbbi ürünler" şekline tanımlanmıştır. Bekis Bozkurt da aşılama, "zayıflatılmış virüs ya da bakterilerin vücuda verilerek yapay bağışıklık elde edilmesi" şeklinde tanımlamıştır (Bekis Bozkurt: "Aşı Reddine Genel Bir Bakış ve Literatürün Gözden Geçirilmesi", Kafkas Journal of Medical Science (2018), S. 8(1), s. 71.

⁷⁵⁵ Kasapoğlu Turhan, s. 3; **Ramazan Okyay / Muhsin Akbaba / Ecem Kırkit**: "Aydınlatılmış Onam ve Aşılama", Turkish Journal of Public Health (Ocak 2016), S. 13 / 2, s. 157; **İpek Seveda Söğüt / Olgun Akbulut**: "Covid-19 Aşısı ve Hukuk", Tıp Hukuku Dergisi (2021), S. 19, s. 59.

⁷⁵⁶ **Daniel Wei Liang Wang / Gabriela Moribe / Ana Luiza Arruda**: "Is Mandatory Vaccination for COVID-19 Constitutional Under Brazilian Law?", Health and Human Rights Journal (June 2021), Vol. 23, No. 1, s. 167; Okyay/Akbaba/Kırkit, s. 158; Kasapoğlu Turhan, s. 3.

⁷⁵⁷ **Olgun Akbulut**: "Covid-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?", Politika Notu, İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, s. 2, https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf, E.T: 13.09.2021; Kasapoğlu Turhan, s. 9; Söğüt/Akbulut, s. 80.

olup⁷⁵⁸, yukarıda yer verilen Halime Sare Aysal kararına göre kanunilik dayanağından yoksun bir zorunlu aşı uygulaması, Anayasa’da yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal edecektir⁷⁵⁹.

Ancak diğer bir yüksek yargı organı olan Yargıtay’ın farklı yönde kararları da mevcuttur⁷⁶⁰:

“Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen “genişletilmiş bağışıklık programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı sebep ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise artık rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu da bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”

⁷⁵⁸**Hakan Keser:** “Korona Virüs (COVID 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2020), S. 65, s. 696; Sonsuzoğlu, s. 111; Söğüt/Akbulut, s. 80.

⁷⁵⁹ AYM, Halime Sare Aysal Kararı, T. 11.11.2015, B. No: 2013/1789, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789>, E.T: 06.09.2021; Aynı yönde Akbulut, s. 3; Sonsuzoğlu, s. 116; Aksi yönde görüş için bkz; Okyay/Akbaba/Kirkit, s. 158.

⁷⁶⁰ Y19CD, T. 05.11.2015, E. 2015/16, K. 2015/6675, www.lexpera.com.tr, E.T: 13.09.2021.

Kararda eğer anne babanın çocuklarının aşı olmasına rıza göstermemesi geçerli ve akla uygun bir nedene dayalı değilse, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olan bu rızasızlık halinin geçersiz kabul edileceği ifade edilmektedir.

Okyay-Akbaba-Kirkit'e göre ise 1593 sayılı Kanun'un 88 ila 94'üncü maddelerinde yalnızca çiçek aşısının zikredilmesi diğer bulaşıcı hastalıklar kapsamında aşının zorunlu olmadığı anlamına gelmemekte olup, kanunun sözünün yanı sıra ruhunun da dikkate alınması gereklidir⁷⁶¹. Yine aynı görüş kapsamında mezkûr Kanun'un 64'üncü maddesi⁷⁶² ile m. 57⁷⁶³'de açıkça düzenlenmese dahi bir hastalığın salgın niteliğine ulaşması halinde Kanun'da yazılı tedbirlerin tamamının ya da bir kısmının uygulanabileceği düzenlenmektedir.

Kanun'un 72'nci maddesinde ise ⁷⁶⁴ “*Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara aşı tatbik edilebileceği*” ifade edilmektedir. Kanaatimce Covid-19 aşısının zorunlu bir şekilde uygulanması için söz konusu Kanun'un 64'üncü maddesi

⁷⁶¹ Okyay/Akbaba/Kirkit, s. 158.

⁷⁶² 1593 sk. m. 64: 57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşri ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır.

⁷⁶³ 1593 sayılı Kanun'un 57'nci maddesi şu şekildedir: “Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması has talıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

⁷⁶⁴ 1593 sayılı Kanun kapsamında alınabilecek tedbirler de m. 72'de düzenlenmiştir: “57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşri tamam eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. 4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi. 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i. 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.”

bir dayanak oluşturmaktadır. Ancak Kanun'un ihdas edildiği dönemde çiçek aşısının çok önemli bir tehdit teşkil etmesinden ötürü yalnızca bu aşı hakkında somut düzenlemelere yer verilmiştir. Aynı yaklaşımın vücut bütünlüğüne yönelik bu kadar önemli bir müdahale oluşturan Covid-19 aşısı bakımından da Kanun kapsamında açık bir şekilde düzenlenmesi, ayrıntılarının somutlaştırılması önemli bir şarttır.

Bununla birlikte söz konusu aşı Kanun'da düzenlense dahi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine ve demokratik bir toplumun gereklerine uygun hareket etmek gerekmektedir. Her ne kadar Hıfzıssıhha Kanunu md.64'de dayanılabileceği ileri sürülebilecekse de tatbik edilecek olan aşının güvenilirlik ve etkililiği de uygulamanın hukuka uygunluğu açısından ayrıca ele alınmalıdır.

Kişilerin zor kullanmak suretiyle aşılınması ya da aşağıda izah edileceği üzere PCR testi uygulamasına tabi tutulması mümkün olmamakla birlikte, söz konusu tedbirlerin reddedilmesinin hukuki sonuçları olabilecektir⁷⁶⁵. Mevcut uygulamada Türkiye'de Covid-19 ile mücadele kapsamında yapılan aşı uygulaması zorunlu nitelikte değildir⁷⁶⁶. Ancak bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında sürü bağışıklığının kazanılması önemli olup, bu durum hastalığın geçirilerek atlatılması ya da aşı yoluyla kazanılmaktadır⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Aynı yönde bkz; Civan, s. 148.

⁷⁶⁶ <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-81350/covid-19-asisi-yaptirmak-zorunlu-mudur.html>, E.T: 09.09.2021

⁷⁶⁷ Söğüt/Akbulut, s. 35; **Mark Rothstein / Wendy Parmet / Dorit Rubinstein Reiss**: "Employer-Mandated Vaccination for COVID-19", American Journal of Public Health 111 (June 2021), No. 6, s. 1063.

d. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Yetki ve Sorumluluğu

Türkiye’de Covid-19 aşısının uygulanması Sağlık Bakanlığı tarafından rızaya dayalı bir şekilde devam etmektedir⁷⁶⁸. Bununla birlikte işverenin işçilerine bu yönde bir zorunluluk öngörüp öngöremeyeceği, aşı olmayı reddedenlerin işten çıkarılıp çıkarılmayacağı, eğer çıkarılacaksa hangi fesih türünün uygulanacağı öğretide canlı bir tartışma konusudur.

Bu konuda öğretideki bir yaklaşım tarafından konu Türk Borçlar Kanunu m. 417’de yer verilen işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu çerçevesinde incelenmiştir⁷⁶⁹. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında “*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*” hükümleri yer almaktadır.

Benzer doğrultudaki 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4’üncü maddesinde;

“İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar,

⁷⁶⁸ <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-81350/covid-19-asisi-yaptirmak-zorunlu-mudur.html>, E.T: 09.09.2021

⁷⁶⁹ **Levent Akın:** “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi (Mayıs 2020), C. 34, S.3, s. 17; **Canan Ünal Adınır:** “Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Haziran 2021), C. 27, S. 1, s. 699; Aynı yönde bkz; **Cem Baloğlu:** “İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Kamu İş (2014), C:13, S.3, s. 112.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar,

...

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır... ”

düzenlemeleri bulunmaktadır. Dolayısıyla işveren kendi işyerinde salgının olumsuz etkilerini bertaraf etmek ya da en aza indirmek adına bazı yükümlülükleri kanuni boyutta üstlenmektedir.

Tehlike kavramı 6331 sayılı Kanun m.3-1/p’de “İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli” olarak tanımlanmış olup, salgın bu kapsamda bir tehlike teşkil etmektedir. Yine aynı Kanun’un m.19/1 düzenlemesine göre de çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerini ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür.

Avrupa Birliği’nin 897391/EEC sayılı “İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Konsey Direktifi”nde de işverenin çalışanların sağlığını ve güvenliğini korumak, mesleki tehlikeleri önlemek yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁰. İşverenin Covid-19 salgınına kaçınılmazlık ya da mücbir sebep olarak görerek herhangi bir aksiyonda bulunmaması kabul edilemez olup, elinden geldiği ölçüde iş sağlığı ve güvenliği

⁷⁷⁰ Baloğlu, s. 110.

tedbirlerini işyerinde uygulaması ve takip etmesi gereklidir⁷⁷¹. Odak noktamız aşılardan olmakla birlikte, sosyal mesafe uygulanması, maske takılması, dezenfektan kullanımı, seyahat kısıtlamaları ve toplanmaların yasaklanması gibi tedbirler de salgının etkilerinin azaltılması kapsamında uygulanan tedbirler arasındadır⁷⁷².

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hususundaki yükümlülükleri ilgili Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir⁷⁷³:

“Yasa koyucu 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin karşılığını 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemiştir.

Anılan fıkra "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür." hükmü yer almaktadır. Bu fıkra göre, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Burada işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve iş yerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Aynı maddelere paralel olarak, 4857 sayılı İş Kanununun "İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri" kenar başlıklı 77. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir

⁷⁷¹ Akın, s. 18; **Ufuk Aydın**: “Covid-19 Pandemisi: İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Hukuk Fakültesi Dergisi (Aralık 2020), Yıl 6, S. 2, s. 205.

⁷⁷² Aile ve Çalışma Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan işyerlerinde koronavirüse karşı alınacak tedbirler için bkz; <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19>, E.T: 15.09.2021; Aynı yönde bkz; **Jean Louis Excler / Melanie Saville / Seth Berkley / Jerome H Kim**: “Vaccine Development For Emerging Infectious Diseases”, Nature Medicine (2021), S. 27, s. 591.

⁷⁷³ Y10HD, T. 12.11.2020, E. 2020/7594, K. 2020/6449, www.lexpera.com.tr, E.T: 13.09.2021.

düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkraya göre "İşverenler iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler."

Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer.

Bu önlemler konusunda işveren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir."

Kararda da ifade edildiği üzere "mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri" alma yükümlülüğü işverenin önemli yükümlülüklerinden birisidir⁷⁷⁴. Aşırı da bu kapsamda

⁷⁷⁴ Aynı yönde bkz; Süzek, s. 411; **Mahmut Kabakcı**: "6331 Sayılı Kanun'un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m. 5) İşlevi", Sicil İş Hukuku Dergisi (2013), S. 29, s. 73;

bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlerden birisi olarak ele alınabilir. İşyerinde koronavirüs ile enfekte olan bir işçinin durumunun iş kazası ya da meslek hastalığı olarak nitelenebilme ihtimali karşısında, işverenin önemli bir sorumlulukla karşı karşıya gelme ihtimali de bulunmaktadır⁷⁷⁵.

Yargıtay'ın yakın bir tarihte vermiş olduğu kararda Ukrayna'ya tır şoförü olarak seyahat eden işçinin, yurt dışındayken H1N1 (domuz gribi) virüsüne yakalandığı ve bu durumun iş kazası niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁶. Dolayısıyla böyle bir durumda işverenin işyerinde gerekli tedbirleri almadığı öne sürülerek iş kazasında sorumluluğunun olduğu iddia edilebilecek, işveren önemli yaptırım ve yükümlülüklerle karşılaşabilecektir. Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere işverenin mevzuatta öngörülmesi dahi bilim ve teknoloji ışığında gereken önlemleri almakla yükümlü olduğu da feshe ilişkin değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmalıdır.

Seda Arslan: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2013), C. 20, S. 1, s. 777.

⁷⁷⁵ İşverenin iş kazası ve meslek hastalığı çerçevesinde sorumluluğunun kapsamı ve çerçevesi hakkında bkz; Süzek, s. 411 vd; Korona virüs vakalarının iş kazası ya da meslek hastalığı olarak nitelendirilemeyeceğine dair Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 96597630-010.06.02-E.5852699 sayılı 2020/12 Koronavirüs (COVID-19) Genelgesi bulunmaktadır. Bu Genelge 'ye göre Covid-19 iş kazası ya da meslek hastalığı kabul edilememektedir (<https://tudoksad.org.tr/upload/files/COVID%2019-%20%20%20C4%B0%20C5%9F%20Kazas%C4%B1.pdf>, E.T: 16.09.2021). Ancak öğretide uygun illiyet bağının somut bir şekilde ortaya konulması şartıyla Covid-19 vakalarının iş kazası olarak nitelenebileceği de öne sürülmektedir (**Sebahattin Yürekli:** "Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Yaz 2020/2), Yıl:19, S. 38 (Covid-19 Özel Ek), s. 47).

⁷⁷⁶ "Yasada iş kazası, sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay olarak tanımlandığından, olayın etkilerinin bir süre devam ederek zaman içinde artması ve buna bağlı olarak sonucun daha sonra gerçekleşmesi mümkündür. Yani, iş kazası ani bir olay şeklinde ortaya çıkıp, buna bağlı olarak zarar, derhal gerçekleşebileceği gibi, gazdan zehirlenme olayında olduğu şekilde etkileri daha sonra da ortaya çıkabilir. Sonradan oluşan zarar ile olay arasında uygun illiyet bağı bulunması koşuluyla olay iş kazası kabul edilmelidir. Yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağı iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan "uygun illiyet (nedensellik) bağı" olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı, yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır. Kısacası; anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir. (HGK 2009/21-400 Esas,432 Karar)" Y21HD, T. 15.04.2019, E. 2019/5018, K. 2019/2931, www.lexpera.com.tr, E.T: 16.09.2021."

Diğer bir değerlendirme de işverenin yönetim hakkı çerçevesinde yapılmaktadır. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde çalışanlarına aşı zorunluluğu öngörmesi hususu öğretide tartışma konusu olmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 399'uncu maddesinde “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*” düzenlemesi bulunmaktadır. İşverenin yönetim hakkının sınırlandığı çerçevelerden birisi ise işçinin kişilik haklarıdır⁷⁷⁷.

Bu noktada Türk Medeni Kanunu m. 24/2 düzenlemesi de incelenmelidir. Mezkûr düzenlemeye göre “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” Söz konusu düzenleme incelendiğinde, kamu sağlığının korunması için salgının önlenmesi üstün nitelikte kamusal yarar olarak değerlendirilebilirse⁷⁷⁸ de aşı noktasında dikkate alınması gerekli kriterin kanunilik ilkesi olduğu öğretide de ifade edilmektedir⁷⁷⁹.

Bu görüşe göre, üstün nitelikte bir kamu yararını içerse dahi aşı açısından hukuka uygunluğu saplayacak olan kanuni düzenlemelerdir. Üstün kamu yararı gibi genel nitelikteki bir ifade ile kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilemeyeceği düşünülmektedir. Dolayısıyla zorunlu aşı uygulamasını hukuka uygun kılacak yegâne

⁷⁷⁷ Süzek, s. 83; **Ayşegül Merve Koçak**: Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde Disiplin Cezaları, 1. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 58.

⁷⁷⁸ Kasapoğlu Turhan, s. 8.

⁷⁷⁹ Sonsuzoğlu, s. 128; Kasapoğlu Turhan, s. 24.

imkân kanununun bu konuda yetki vermesidir⁷⁸⁰. Bu kapsamda alınacak tedbirlerin de ölçülülük çerçevesinde tatbik edilmesi aranan diğer bir koşuldur⁷⁸¹.

Ünal Adınır'a göre de işçinin aşı olması yönünde işveren tarafından zorlanması işverenin yönetim hakkının dışında kalmaktadır. Bu kapsamda aşı olmayı reddeden çalışanın iş sözleşmesinin feshi, bu yöndeki talimata uyma zorunluluğu bulunmadığından bahisle mümkün değildir⁷⁸².

Bu aşamaya kadar yapılan açıklamalar kanaatimizce aşuların niteliğinden hareketle değerlendirilmelidir. Aşular, birçok insanın ölümüne ve ciddi sağlık sorunları yaşamasına sebep olan, toplumsal ve ekonomik yaşamı derinden etkileyen salgının önüne geçilmesi açısından çok önemli bir mekanizmadır⁷⁸³. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında işverenin işçilerine aşı olma zorunluluğu getirmesinin ve reddedenlere yönelik nasıl bir uygulama geliştirilebileceğinin irdelenmesi gereklidir.

Covid-19 hastalığıyla mücadele etmek için hazırlanan aşularla sınırlı olmayan aşı karşıtlığı, salgınla mücadele kapsamında önemli bir engel olarak değerlendirilmektedir⁷⁸⁴. İnsanlar vücut dokunulmazlığına müdahale edilmesi endişelerinin yanı sıra sağlık, dini, vicdani, felsefi ve benzeri görüş ve inançları

⁷⁸⁰ Kasapoğlu Turhan, s. 36.

⁷⁸¹ Kasapoğlu Turhan, s. 21.

⁷⁸² Ünal Adınır, s. 704-705; İşverenin yönetim hakkı; yasal düzenlemeler, amaç, ölçülülük ilkesi, BK m. 27 kapsamındaki emredici hükümler, ahlak, kamu düzeni ve kişilik hakları, ayrımcılık yasakları ve eşitlik ilkesi, dürüstlük ve iyiniyet kuralları, işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde sınırlanmaktadır. İşverenin yönetim hakkını söz konusu sınırlar dışında kullanması halinde, işçinin işverenin talimatlarına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır (Süzek, s. 85; Yıldız, Eşit İşlem, s. 209). İşverenin yönetim hakkı, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasındaki hiyerarşide en alt sırada bulunmaktadır (Civan, s. 26; Yıldız, s. 686; Yıldız, Eşit İşlem, s. 207).

⁷⁸³ Excler/Saville/Berkley/Kim, s. 591; **Funda Yıldırım Baş**: "Pandemide Aşılamanın Önemi ve Covid-19 Aşılama Çalışmaları", Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi (2020), Özel Sayı-1, s. 245.

⁷⁸⁴ **Zeynep Yalınz / Özer Akgül**: "Covid-19 Salgını İçin Aşı Çalışmaları İncelemesi", Aydın Sağlık Dergisi (Haziran 2020), Yıl:7, S. 2, s. 102; Bekis Bozkurt'a göre aşığı reddeden aile sayısı 2010'lu yılların başından itibaren bir yükseliş içerisinde olup, bu durum geçmişte yok edildiği düşünülen bazı hastalıkların tekrar canlanmasına sebebiyet verebilecektir (Bekis Bozkurt, s. 74).

çerçevesinde de aşı karışıklığında bulunabilmektedirler⁷⁸⁵. Zorunlu aşı uygulaması ise gerek kamusal boyutta gerekse işveren boyutunda bireylerin kendi vücutları üzerinde karar verme özgürlüğü ile kamu sağlığını koruma gerekliliği noktasında bir karar verilmesini elzem kılmaktadır⁷⁸⁶.

e. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Aşı Uygulaması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁷⁸⁷ ve yukarıda yer verilen Halime Sare Aysal kararında⁷⁸⁸ olduğu gibi Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşının özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlali anlamına geldiğini ifade etmektedirler. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8/2 düzenlemesinde de söz konusu hakkın sınırlanabilme dayanaklarından birisinin “*genel sağlığın korunması*” olduğunu görmekteyiz. Öğretide ifade edilen ve bu noktada katılmakta olduğum görüşe göre bireylerin özgürlüğü başkalarının hayatları söz konusu olduğunda mutlak olarak algılanamayacak bir olgudur⁷⁸⁹. Ancak “genel sağlığın korunması” ölçütü tek başına yeterli bir ölçüt olmayıp, sınırlamanın kanun çerçevesinde olması ve demokratik toplumun bir gereği olarak uygulanması da gereklidir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ **Deborah Hudson**: “COVID-19 Vaccinations and Workplace Rights”, Queen’s University Industrial Relations Centre, s. 2, <https://irc.queensu.ca/wp-content/uploads/covid-19-vaccinations-and-workplace-rights.pdf>, E.T: 16.09.2021; Söğüt/Akbulut, s. 60.

⁷⁸⁶ Wang/Moribe/Arruda, s. 164; Kasapoğlu Turhan, s. 18.

⁷⁸⁷ Solomakhin / Ukrayna, B. No: 24429/03, T. 15.3.2012, § 33, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-109565%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-109565%22]), E.T: 14.12.2021. Aynı yönde bkz; Y.F./Türkiye, B. No: 24209/94, T. 22.7.2003, § 33, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22appno%22:\[%2224209/94%22\],%22itemid%22:\[%22001-61247%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22appno%22:[%2224209/94%22],%22itemid%22:[%22001-61247%22]), E.T: 14.12.2021.

⁷⁸⁸ AYM, Halime Sare Aysal Kararı, T. 11.11.2015, B. No: 2013/1789, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789>, E.T: 06.09.2021.

⁷⁸⁹ Wang/Moribe/Arruda, s. 164.

⁷⁹⁰ Söğüt/Akbulut, s. 61.

AİHM de bu noktada “zorunlu aşı” uygulamasını incelediği kararında kanunilik zemininin önemini, meşru bir amacın varlığını ve ölçülülük ilkesini vurgulamıştır⁷⁹¹. Bu yöndeki diğer bir kararda zorunlu aşı uygulamasının özel yaşama bir müdahale teşkil ettiği, ancak aşının kanunda düzenlenmiş olması ve sağlığın korunması amacıyla uygulanmasından ötürü Sözleşme’nin ihlalinin gerçekleşmediği ifade edilmiştir⁷⁹². Karara göre başvuruçunun fiziksel bütünlüğüne gerçekleştirilen müdahale kamu sağlığı düşüncesiyle ve salgın hastalıkların kontrol edilmesi gerekliliğiyle haklı kılınmaktadır. Kararda yerel mahkemenin uyuşmazlığa ilişkin tüm olguları yeterli şekilde irdelediği; sağlık kuruluşunun aşı uygulamasını başvuruçunun sağlığını olumsuz etkilemediği değerlendirilen bir istisna haricinde prosedürlere uygun gerçekleştirdiği ve başvuruçunun fiziksel bütünlüğü ile halk sağlığının korunması arasındaki menfaat dengesinin de sarsılmadığı ifade edilmektedir.

Yine yakın tarihli bir AİHM kararında Çek Cumhuriyetinde anaokuluna başlangıç yapacak olan çocukların aşılama zorunluluğu tartışılmıştır. Mahkeme, kararında ilgili devletin aşığı zorunlu kılmasının çocukların en iyi yöndeki çıkarlarının korunması düşüncesiyle uyumlu olduğunu; Çek mevzuatının bu yöndeki düzenlemesinin ilgili ve yeterli gerekçelerle desteklendiğini; aşının Çek Kamu Sağlığı Koruma Kanunu’nda düzenlenmesinin kanunilik zeminini sağladığını; aşı uygulanmayan çocukların okul öncesi eğitime kabul edilmemesinin cezalandırıcı olmaktan ziyade koruyucu bir vasıfta olduğunu; aşılardan birçok insan hayatının kurtarılmasında ve kamu sağlığının önemli ölçüde zarara görmesinin engellenmesinde

⁷⁹¹ Case Of Vavrička and Others v. The Czech Republic, B. No: 47621/13, T. 08.04.2021, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22>}, E.T: 14.12.2021; Aynı yönde bkz; Sonsuzoğlu, s. 113.

⁷⁹² Case of Solomakhin v. Ukraine, B. No: 24429/03, T. 15.3.2012, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-109565%22>}, E.T: 10.09.2021; Söğüt/Akbulut’a göre Türkiye’nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi kapsamında kamu sağlığı gerekçesi ile zorunlu aşının kişiye uygulanması mümkündür (Söğüt/Akbulut, s. 62).

önemli bir rolü olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca her aşı uygulaması bazında, salgın hastalığın yayılma hızı ve niteliğinin, enfekte olan kişiler için getirdiği risklerin, aşının başarı ihtimalinin ve aşı olmayan kişiler açısından hastalığın tedavisinin ortalama bedelinin, aşılamanın maliyetinin, aşının yan etkilerinin⁷⁹³, aşının istenmeyen sonuçlarının tedavisi için gereken maliyetin, aşının net etkinlik oranının ve hastalığın yayılımının engellenmesi için nüfusun yüzde kaçının aşılması gerektiğinin irdelenmesi gerektiği kararda ifade edilen hususlardandır⁷⁹⁴.

Brezilya hukukunda yüksek yargı (Supremo Tribunal Federal) tarafından verilen bir kararda da aşığı reddedenlerin belli yaptırımlara tabi tutulabileceği ancak hiçbir koşulda zorla aşılama yöntemine başvurulamayacağı ifade edilmektedir. Kararda böyle bir uygulamanın bireysel özerkliği, insan onurunu ve vücut bütünlüğünü zedeleyeceği, aşının zorunlu kılınabilmesi için aşının güvenliğine ve etkinliğine dair epidemolojik veriler gibi stratejik sağlık bilgilerinin ortaya konulması gerektiği, insan haklarına saygı duyulan ölçülü ve akla uygun bir aşı politikasının zorunluluğu vurgulanmıştır⁷⁹⁵. AİHM kararlarında da öne çıkan husus, kanuni dayanağın yanı sıra toplum sağlığının korunması amacının meşruluğu ve müdahalenin ölçülü, gerekli ve orantılı olmasıdır⁷⁹⁶.

Amerikan hukukunda da aşının zorunlu kılınıp kılınamayacağı noktasında tartışmalar bulunmakla birlikte, Gıda, İlaç ve Kozmetik Kanunu'na⁷⁹⁷ göre böyle bir

⁷⁹³ Aşıların hafif baş ağrılarından hayatı tehdit eden ciddi alerjik reaksiyonlara kadar oldukça geniş çerçevede yan etkilerinin görülmesi mümkündür. Ancak bu noktada değerlendirilmesi gereken bir yarar zarar kıyaslamasının gerçekleştirilmesidir (Bekis Bozkurt, s. 73).

⁷⁹⁴ Case Of Vavřička and Others v. The Czech Republic, B. No: 47621/13, T. 08.04.2021 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-209039%22%5D%7D>, E.T: 13.09.2021.

⁷⁹⁵ Supremo Tribunal Federal, Extraordinary Appeal No: ARE 1.267.879, T. 17.12.2020, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>, E.T: 14.12.2021; Aynı yönde bkz; Wang/Moribe/Arruda, s. 168.

⁷⁹⁶ Kasapoğlu Turhan, s. 35; Sonsuzoğlu, s. 113.

⁷⁹⁷ Food, Drug, and Cosmetic Act, Title 21- United States Code, §360bbb-3, <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title21&edition=prelim>, E.T:16.09.2021.

zorunluluğun getirilemeyeceği, ancak bunun işten çıkarma gibi bazı sonuçlara yol açabileceği öğretide ifade edilmektedir⁷⁹⁸. 1905 tarihli bir yargı kararında⁷⁹⁹, mahkemece yerel belediyelerin çiçek aşısı olmayı reddedenlere cezai yaptırımlar uygulayabileceği ifade edilse de günümüz koşullarında böyle bir karar verilmesinin şüpheli olduğu öğretide ifade edilmektedir⁸⁰⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan İş Güvenliği ve Sağlığı İdaresi'nin, İş Güvenliği ve Sağlığı Kanunu⁸⁰¹ kapsamında geçici acil durum standartları yayımlayabileceği Haziran 2021 itibariyle dile getirilmekte olup, bu standartların maske ya da diğer koruyucu malzemelerin kullanımı, mesafenin korunması gibi tedbirlerin yanı sıra bazı işçilerin ya da tüm işçilerin aşılmasına yönelik bir tedbiri de içerebileceği öğretide belirtilmektedir. Mezkûr Kanun Çalışma Bakanına “işçilerin ağır tehlikeye maruz kalmaları” halinde bu yönde bir standart yayımlama yetkisini vermektedir. Ancak böyle bir durumda da yargı makamlarının “ağır tehlike” nin kapsamı noktasında bir sorgulama yapabileceği öğretide ifade edilmektedir⁸⁰².

Kanada hukukuna ilişkin bir değerlendirmede de konu sağlık çalışanları açısından ele alınmış olup, viral bulaşma hızının aşı neticesinde azaldığına dair açık ve net deliller bulunmasa dahi salgının kendine özgü şiddeti karşısında zorunlu aşının haklı kılınabileceği ifade edilmektedir. Bu düşünce sağlık bakım hizmetlerinin azami seviyede gerçekleştirilebilmesi ve mümkün olduğunca çok çalışanın hastanede görevlerine devam edebilmesi düşüncesiyle de desteklenmektedir⁸⁰³. Ancak

⁷⁹⁸ Rothstein/Parment/Rubinstein Reiss, s. 1062.

⁷⁹⁹ Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/>
⁸⁰⁰ **Michael M Costello**: “Employer Mandates for COVID 19 Vaccination”, International Research Journal of Pharmacy and Medical Sciences (IRJPMS) (2020), Vol. 3, Issue 6, s. 48.

⁸⁰¹ <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title29/chapter15&edition=prelim>, E.T: 16.09.2021.

⁸⁰² Rothstein/Parment/Rubinstein Reiss, s. 1063.

⁸⁰³ **Colleen M Flood / Bryan Thomas / Kumanan Wilson**: “Mandatory Vaccination For Health Care Workers: An Analysis Of Law And Policy”, Canadian Medical Association Journal (February 2021), No. 193 (6), s. 219.

hâlihazırda Kanada hükümeti tarafından zorunlu aşılama yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁰⁴.

2002 yılında bir yaşlı bakım merkezinde işverenin tüm çalışanları grip salgını başladığında zorunlu aşıya tabi kılması, reddedenleri salgın bitene dek ücretsiz izne çıkarması kararı (*St. Peter's Health System v. CUPE*) hakem kurulu tarafından bozulmuştur⁸⁰⁵. Ancak aksi yönde birçok kararın da verildiği Kanada hukukunda görülmektedir. Örneğin Ontario'da 2020 tarihli bir hakem kararında⁸⁰⁶ yaşlı bakımevinde çalışanlar için öngörülen iki haftada bir Covid-19 testi uygulaması, salgının yayılma hızı ve tehlikeleri de göz önüne alınarak geçerli bulunmuştur⁸⁰⁷.

Ukrayna hukukunda 19.11.1992 tarihli ve 2801-XII sayılı Kanun'un⁸⁰⁸ m. 30.2 düzenlemesine göre tehlikeli salgın hastalıklar kapsamında zorunlu tıbbi muayenelerin, önleyici aşuların, tıbbi ve karantina tedbirlerinin uygulanması mümkündür. Halkın Salgın Hastalıklardan Korunması Hakkındaki Kanun'un m.12 hükmüne göre de difteri, kızamık, felç, tetanos, tüberküloz, boğmaca hastalıklarına karşı önleyici aşılama zorunludur. Çalışanlar açısından ise Ukrayna İş Kanunu m. 46 kapsamında aşının reddedilmesi işten çıkarma nedeni olarak düzenlenmemekte; ancak çalışanın iş sözleşmesi askıya alınmaktadır. Covid 19 aşısı uygulaması Ukrayna'da hâlihazırda isteğe bağlı olup, özellikle bu aşısı yönelik bir düzenleme mevcut değildir.

⁸⁰⁴ Ancak Kanada'nın Ontario gibi bazı vilayetlerinde Immunization of School Pupils Act kapsamında ilk ve ikinci öğretime katılacak öğrencilerin aşısı yaptırmaya mecburiyeti bulunmaktadır (Hudson, s. 1).

⁸⁰⁵ Hudson, s. 4.

⁸⁰⁶ *Caressant Care Nursing & Retirement Homes v Christian Labour Association of Canada*, 09.12.2020, 2020 CanLII 100531 (ON LA), <https://www.canlii.org/en/on/onla/doc/2020/2020canlii100531/2020canlii100531.html>, E.T: 16.09.2021.

⁸⁰⁷ Hudson, s. 5.

⁸⁰⁸ Law of Ukraine, No: 2801-XII, Fundamentals Of Ukrainian Legislation On Health Care, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>, E.T: 14.12.2021.

Bununla birlikte kanunlarda diğer aşılara yönelik düzenlemelerin Covid-19'a da kıyas yoluyla tatbik edilebileceği öğretide ifade edilmektedir⁸⁰⁹.

f. Covid-19 Aşılarının Gelişim ve Uygulama Süreci

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında elverişlilik, ölçülülük ve orantılılık ilkelerine uyulması önemli niteliktedir. Bu ilkelere uyumun sağlanması ise araç niteliğindeki zorunlu aşı ile amaç niteliğindeki genel sağlığın korunması arasındaki dengenin kurulması ve aşının güvenilirliğinin bilimsel bir şekilde ortaya konulması ile gerçekleşir⁸¹⁰. Güvenilirlik bazında sorgulanması gerekli hususlardan birisi de Covid-19 virüsünün zamanla mutasyona uğrayarak gelişim göstermesi ve varyantların ortaya çıkışıdır. Bilim adamlarına göre Birleşik Krallık ve Brezilya gibi ülkelerde ortaya çıkan varyantların bu süreçte ne kadar gelişim göstereceği ve aşıların bu varyantlara karşı etkinliği soru işareti niteliğindedir⁸¹¹. Dolayısıyla söz konusu ilkelere uyulması bağlamında ciddi şüphelerin bulunduğu açıktır.

Diğer taraftan yukarıda da ifade edildiği üzere aşının kabul ve kullanıma geçiş süreci geçmişteki emsallerine göre oldukça hızlı bir şekilde yürütülmektedir. Bu hızlı aksiyonun arkasında yatan düşünce salgının hızla yayılan olumsuz etkilerinin engellenmesidir. Çoğu ülkede süreç, hızlandırılmış bir şekilde uygulanmakta ve ilgili otoritelerce “*acil kullanım onayı*” verilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde bu konuda yetkili idare olan Amerikan Gıda ve İlaç İdaresi (*The US Food and Drug Administration-FDA*) 16 yaş ve üzerindeki vatandaşlarda uygulanmak

⁸⁰⁹ **Konstantin Hromovenko / Raisa Minchenko / Ganna Sarybaieva / Yurii Batan:** “Legal Responsibility for Vaccination Against COVID-19 in Ukraine and Other Countries”, *Revista Amazonia Investiga* (August 2021), No. 10 (43), s. 267-270.

⁸¹⁰ Kasapoğlu Turhan, s. 22.

⁸¹¹ Excler/Saville/Berkley/Kim, s. 596.

üzere Pfizer-Biontech aşısına 11 Aralık 2020 tarihinde acil kullanım onayı vermiştir⁸¹². Söz konusu idare tarafından yapılan bildirimde, bu onayın esas nitelikte bir onay olmadığı ancak belli statüsel gereksinimleri karşılayan Pfizer-Biontech aşısına dair verilerin, Covid-19'u önlemekte başarılı olabileceğine dair yeterli kanıt sunduğu ifade edilmiştir. Devamındaki süreçte de 23.08.2021 tarihinde yine aynı idare tarafından söz konusu aşuya tam onay verilmiştir⁸¹³.

Benzer şekilde ülkemizde de Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne 18.12.2020 tarih ve 31338 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik ile Acil Kullanım Onayı (AKO) başlıklı 10/A maddesi eklenmiştir. Söz konusu düzenleme, Dünya Sağlık Örgütü veya Bakanlık tarafından bulaşıcı hastalıklar kapsamında kabul edilen, halk sağlığını ciddi olarak tehdit eden istisnai durumlarda ilgili kurum tarafından verilen izni ifade etmektedir. Bu kapsamda ruhsatlandırmaya esas etkililik, güvenilirlik ve kalite ile ilgili kapsamlı verilerin henüz sağlanamadığı aşular için, bu veriler sağlanıncaya kadar Sağlık Bakanlığı'na bağlı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından acil kullanım onayı verilebilmektedir. Bu doğrultuda harekete geçen Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, 13.01.2021 tarihinde yaptığı duyuruyla "Coronovac 600 SU/0.5 ml IM Enjeksiyon Süspansiyon İçeren Flakon" (Sinovac) isimli aşuya acil kullanım onayı verildiğini belirtmiştir⁸¹⁴.

Ülkemizde uygulanan diğer bir Covid-19 aşısı olan Pfizer-Biontech aşısı açısından bir değerlendirme yapıldığında ise aşı için Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından acil kullanım onayının verilmediği anlaşılmaktadır. Söz konusu aşının uygulanmasına dayanak olarak Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun 2021

⁸¹² <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-takes-key-action-fight-against-covid-19-issuing-emergency-use-authorization-first-covid-19>, E.T: 14.09.2021.

⁸¹³ <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-covid-19-vaccine>, E.T: 14.09.2021.

⁸¹⁴ <https://www.titck.gov.tr/haber/kamuoyunun-dikkatine-13012021185623>, E.T: 14.09.2021.

yılı için yayımlamış olduğu “Yurt Dışından İlaç Temini ve Kullanımı Kılavuzu⁸¹⁵” gösterilmektedir.

Bu Kılavuz’un 1’inci maddesine göre Kılavuz, ÷lkemizde ruhsatlandırılmamış ve/veya ruhsatlandırıldığı hâlde çeşitli sebeplerle piyasada bulunmayan beşeri tıbbi ürünlerin, hastalıkların teşhis ve tedavisinde kullanılmak üzere yurt dışından reçete bazında veya acil durumlarda toplu temini ile söz konusu ürünlerin bilimsel veriler doğrultusunda tıbbi, etik, hukuki ve akılcı kullanımını sağlamak ve bu süreçteki usul ve esasları belirlemek amacıyla hazırlanmıştır.

Aynı Kılavuz’un 5’inci maddesi üçüncü fıkrası (a) bendinde de tıbbi ürünlerin temininin öncelikle *FDA (Amerikan İlaç ve Gıda İdaresi (The US Food and Drug Administration) / EMA (Avrupa İlaç Kurumu-European Medicines Agency)* veya *PIC/S (İlaç Denetim Sözleşmesi ve İlaç Denetim İşbirliği Programını -Pharmaceutical Inspection Convention and Pharmaceutical Inspection Cooperation Scheme)* üyesi bir ÷lke tarafından ruhsatlandırılmış ve bu ÷lkelerde piyasaya verilmiş olması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de henüz ruhsat verilmeyen bir tıbbi ürünün acil durumlarda toplu temininde Amerikan ilaç ve Gıda İdaresi’nin onayı yeterli ve gerekli bir şarttır ve Kılavuz’un 1’inci maddesi kapsamında söz konusu ürünlerin bilimsel veriler doğrultusunda tıbbi, etik, hukuki ve akılcı kullanımını mümkündür.

⁸¹⁵ https://titck.gov.tr/storage/Archive/2021/legislation/YDkılavuz09082021_6fbd5b86-0824-4e4b-8468-53349bf37e2c.pdf, E.T: 14.09.2021.

g. Covid-19 Kapsamında Aşının Reddedilmesinin Fesih Kapsamında

Değerlendirilmesi

Tüm bu izah edilenler ışığında, işçinin aşı olmayı reddetmesi kanaatimce her koşulda doğrudan bir fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir. Feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde uzaktan çalışmanın mümkün olduğu, işçilerin hastalığı bulaştırma ihtimalinin oldukça zayıf olduğu hallerde aşığı reddetme nedeniyle uygulanan fesih geçerli ya da haklı nedene dayalı bir fesih olmayacaktır. Ancak toplu çalışma ortamlarında, işçilerin birbirleriyle temasta bulunma ihtimalinin yüksek olduğu işyerlerinde çalışan işçiler açısından Covid-19 aşısının yasal bir dayanağının yeterli açıklıkta bulunmamasından ötürü haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayalı feshin söz konusu olabileceğini değerlendirmekteyim. Nitekim işverenin de iş sağlığı ve güvenliği kapsamında mevzuatta öngörülmesi dahi, bilim ve teknolojinin öngördüğü tedbirleri alma yükümlülüğü ve bu kapsamdaki sorumluluğu da karşılıklı menfaatler tartıldığında fesih tedbirini bir açıdan akla uygun kılmaktadır.

Her ne kadar işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi İş Kanunu m. 25/II'de bir haklı fesih nedeni olarak düzenlense de vücut bütünlüğüne doğrudan bir müdahale niteliğinde olan aşının reddedilmesinin haklı fesih nedeni ağırlığında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

Bununla birlikte, bazı özel meslek grupları açısından, her ne kadar kanuni dayanağı bulunmasa da işin niteliğine bağlı olarak ortaya çıkabilecek tehlikenin ağırlığı da göz önüne alındığında bir iş sağlığı ve güvenliği tedbiri olarak değerlendirilebilecek Covid-19 aşığı tedbirinin reddedilmesinin ve bu doğrultuda alınabilecek diğer tedbirlere uyulmamasının haklı fesih nedeni oluşturabileceği de tartışılabilir. 4857 sayılı İş Kanunu m.25/II-1 düzenlemesine göre de işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi işveren açısından

haklı bir fesih nedeni teşkil etmektedir. Bu noktada Yargıtay'ın aşağıda yer verilen kararı yol gösteri niteliktedir⁸¹⁶:

“İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işveren açısından derhal “haklı sebeple fesih hakkı” ortaya çıkar.

Güvenlik hizmeti veren bekçinin uyuması veya görev yerini terk etmesi, yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde yasaklanmış olmasına rağmen sigara içilmesi, basınçla veya yüksek ısıyla çalışabilir bir cihazın kontrolü ile görevlendirilen işçinin görevini savsaması gibi durumlar, işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlara örnek olarak verilebilir.

Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417/II, maddesi uyarınca “işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”. Paralel hüküm 6331 sayılı İş Sağlığı ve İş Güvenliği 19/1 maddesinde çalışanların yükümlülüklerine yer verilmiştir. Buna göre “Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür.

Somut olayda, davalı akaryakıt taşımacılığı yapan işyerinde 15.03.2010-30.09.2011 tarihleri arası akaryakıt tanker şoförü olarak çalışan

⁸¹⁶ Y22HD, T. 28.02.2019, E. 2019/20082, K. 2019/4651, www.lexpera.com.tr, E.T: 13.09.2021.

davacının iş sözleşmesi, akaryakıt sevkiyatı sırasında yüksek süratle araç kullandığı ve kırmızı ışık ihlali gerçekleştirdiği gerekçe gösterilerek haklı nedenle feshedildiği savunulmuş, Mahkemece davacının eyleminin haklı fesih ağırlığında olmadığı kabul edilerek davaya konu kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulüne karar verilmiş ise de dosya içeriğinden, işverence davacıya yeteri kadar güvenli sürüş ve iş güvenliği eğitimi verildiği, davacının feshe konu eyleme ilişkin alınan yazılı savunmasında kırmızı ışıkta geçerek trafik kurallarını ihlal ettiğini kabul ettiği, iş sözleşmesinin 6.maddesinde, Trafik Yönetmeliği kurallarına aykırı davranma ve kuralları ihlal etmenin işten çıkarma sebebi olarak belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda feshe konu eylemin niteliğinden anlaşılacağı üzere davacının kullandığı araçta taşınan akaryakıtın yanıcı ve patlayıcı özelliği düşünüldüğünde meydana gelecek en basit bir kazanın dahi çok ağır sonuçlara yol açacağı ve işyeri ve iş güvenliği bakımından tehlike oluşturacağı kabul edilmelidir.”

Kararda da ifade edildiği üzere çalışanın trafik tedbirlerine uymaması, kullandığı aracın riskli niteliği de göz önünde bulundurularak haklı fesih nedeni olarak ele alınmıştır. Bu dayanak noktasından hareketle hastaneler, muayenehaneler, berberkuaför gibi saç ve cilt bakım merkezleri, masaj salonları, eğitim kurumları gibi uzaktan çalışma imkânı olmayan bazı işyerlerinin de hastalığın yayılması ve önemli riskler oluşturması açısından değerlendirilmesi gereklidir.

Ünal Adınır da daha farklı nitelikleri olan belirli meslek gruplarında işçilerin korunma ihtiyaçları, temasta buldukları kişilerin sağlık durumları gibi özellik arz eden hususların farklı bir değerlendirmeyi haklı kılabileceğini de ifade etmektedir. Belirli meslek grupları açısından kanuni düzenleme ile aşının zorunlu hale getirilmesi durumunda haklı feshin söz konusu olacağını ifade eden Ünal Adınır, kanuni düzenleme mevcut olmasa dahi işçinin çalıştırılmasının yoğun bir tehlike oluşturduğu

ve çalıştırılmasına imkân bulunmayan hallerde geçerli nedene dayalı feshin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazar geçerli nedene dayalı feshi de işçinin yetersizliği bağlamında değerlendirmiş, feshin son çare olması ilkesi kapsamında alınabilecek daha hafif nitelikte bütün tedbirlerin de gözden geçirilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁸¹⁷.

Ünal Adınır'ın bakış açısıyla aynı doğrultuda olarak, Anayasa'nın 17'nci maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlükler doğrultusunda bazı aşuların net koruma seviyesinin henüz ortaya konulamamış olması ve yan etkilerinin belirsizliği çalışanlar açısından haklı bir endişe kaynağı olarak gözükmektedir⁸¹⁸. Ülkemizde uygulanan Pfizer-Biontech aşısından önce kişiden bilgilendirme ve onam formunu imzalaması beklenmektedir⁸¹⁹. Söz konusu bilgilendirme ve onam formunda gebelik ve emzirme döneminde mRNA aşısının uygulanmasına ilişkin henüz yeterli veri bulunmadığı, bu aşının uzun süreli etkilerinin ve verimliliğinin şu an bilinmediği, aşının henüz bilinmeyen olumsuz etkilerinin de olabileceği şeklinde ifadeler bulunmaktadır⁸²⁰.

Durum her ne kadar eğitim kurumları, sağlık kurumları, kişisel bakım hizmeti verilen berber-kuaför gibi bazı işyerleri açısından daha kritik bir nitelikte görünse de kanaatimce ölçülülük çerçevesinde bir değerlendirme yapılması şarttır. Aşı olmanın reddedilmesini; zorunlu aşının kişinin temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahale niteliğinde olması, Covid-19 aşısı için kanuni dayanağın yeterince açık olmaması, faz çalışmalarının 20-60 yaş arası kişiler üzerinde gerçekleştirilmesi ancak aşılama öncelikle 60+ yaş gruplarıyla başlanması⁸²¹, durumun aciliyeti sebep gösterilerek

⁸¹⁷ Ünal Adınır, s. 704-705.

⁸¹⁸ Sonsuzoğlu, s. 125.

⁸¹⁹ Sinovac aşısı açısından benzeri bir bilgilendirme ve onam formu bulunmamaktadır (Sonsuzoğlu, s. 129).

⁸²⁰ https://files.igmd.org.tr/doc/17062021-092152_mrna-onam-formupdf.pdf, E.T: 14.09.2021; Sonsuzoğlu'na göre aydınlatılmış onamın geçerli sayılabilmesi için kişiye risklerin ne olduğunun açık bir şekilde bildirilmesi gereklidir (Sonsuzoğlu, s. 130).

⁸²¹ Sonsuzoğlu, s. 128.

kısaltılmış süreçlerde acil kullanım onayı verilmesi, virüsün farklı varyantlarına karşı etkinliğinin net olarak ortaya konulamaması gibi hususları göz önünde bulundurarak haklı fesih nedeni olarak kabul etmemek gereklidir.

Çalışanların vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen bu tıbbi müdahale çerçevesinde endişe duymaları oldukça doğal bir olgu olarak değerlendirilmelidir. Burada çalışanın kendi isteğiyle ya da savsaması sebebiyle iş güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğünden bahsetmek olanaksızdır. Dolayısıyla aşı olmanın reddedilmesi sebebiyle işverenin fesih yoluna başvurması mümkün olmakla birlikte, bunun dayanağı haklı nedene dayalı fesih yerine geçerli nedene dayalı fesih olmalıdır.

h. Feshin Geçerli Fesih Kapsamında Nitelendirilmesi

Feshin gerekliliği açısından bakıldığında, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik görev ve yükümlülükleri ve karşılaşılabileceği sorumluluklar, işletmenin etkin ve verimli bir şekilde çalışmaya devamının sağlanarak ekonomik olarak ayakta kalması gerekliliği de göz önüne alınca işveren tarafının menfaati işçinin menfaatine ağır basmaktadır. Söz konusu feshin hangi alt kategoride ele alınması gerektiği ise üzerinde durulması gereken bir konudur.

Kanaatimce, işçinin iş sözleşmesine yönelik bir yükümlülüğü ihlal etmesi söz konusu olmadığı için işçinin davranışlarına dayalı geçerli feshin söz konusu olması mümkün değildir. Alınan işletmesel bir karar gereğince oluşan bir işgücü fazlalığı da söz konusu olmadığı için işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih de mümkün değildir. Burada iş görme borcunun gereğince yerine getirilmesi için bulunması gerekli bir şart işçi tarafından sağlanamamaktadır.

Dolayısıyla Ünal Adınır'ın da ifade ettiği üzere işçinin yeterliliğine dayalı bir fesih söz konusu olmaktadır. Ancak bu durumda dahi feshin geçerli nedene dayalı kabul edilebilmesi için feshin son çare olması ilkesine riayet edilmeli, yukarıda da ifade edilen uzaktan çalışma gibi daha az müdahaleci tedbirlerin uygulanıp uygulanamayacağı fesih tedbirine başvurulmadan önce gözden geçirilmelidir⁸²².

Oldukça tartışmalı olan bu konuda öğretilerde farklı yönde görüşler de mevcuttur. Okan Güray Bülbül, aşı olmanın ve PCR testi yaptırmanın reddedilmesinin virüsü yayma ihtimalinin oldukça yüksek olduğunu ve iş sağlığı ve güvenliğine yönelik bir tedbir olduğunu ifade ederek haklı nedene dayalı feshin koşullarının oluştuğunu ifade etmektedir. Ersan Şen ise çalışmamızda savunduğumuz görüş çerçevesinde kanuni düzenleme yapılmadan haklı nedene dayalı feshin söz konusu olamayacağını belirtmektedir⁸²³.

Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde Kanada hukukunda da bu konu öğreti tarafından tartışılmış ve bu görüşlerden birinde Türk hukukunda yapılan değerlendirme benzeri bir sonuca varılmıştır. Bu görüşe göre çalışanın aşığı reddetmesi iş görme borcunun eksik görülmesi, hatalı görülmesi kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla haklı neden ağırlığında görülemeyen bu reddediş, ancak “sebepsiz fesih” kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bu reddin insan hakları çerçevesinde korunan engellilik ya da dini inanç çerçevesinde olmaması da aranan bir şarttır⁸²⁴.

⁸²² Aynı yönde bkz; Civan, s. 147-148.

⁸²³ “PCR şartına uymayanlar için ‘tazminat’ tartışılıyor!” başlıklı gazete haberi, <https://www.dunya.com/ekonomi/pcr-sartina-uymayanlar-icin-tazminat-tartisiliyor-haberi-632931>, E.T: 16.09.2021.

⁸²⁴ Hudson, s. 8.

1. Aşı Harici Tedbirlere Uyulmamasının Fesih Kapsamında Değerlendirilmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere salgının yayılımının önlenmesi ve etkilerinin azaltılması için öngörülen tek tedbir aşı uygulaması değildir. Sosyal mesafe kurallarına uyulması, maske takılması, hijyen tedbirlerine riayet edilmesi, toplu etkinliklerin yasaklanması, seyahate ve sokağa çıkış kısıtlamalarının tatbik edilmesi öngörülen diğer tedbirler arasında gösterilmektedir.

Hastalığın teşhis ve tespitinde günümüzde yoğun olarak PCR testleri (*Polimerase Chain Reaction- Polimeraz Zincir Reaksiyonu*)⁸²⁵ uygulanmakta olup, bazı işverenler de çalışanlarından söz konusu testi düzenli olarak uygulamalarını iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri kapsamında talep edebilmektedir. Hatta bu hususta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işverenlere aşı olmamış işçilerinden haftada bir kez olmak üzere PCR testi isteme yetkisi tanıyan bir Genelge 03.09.2021 tarihinde tüm valiliklere gönderilmiştir⁸²⁶.

Öğretide yer alan ve savunmakta olduğum görüşe göre, PCR testleri de vücut bütünlüğüne yönelik bir tıbbi müdahale niteliğindedir. Ancak söz konusu testlerin zorunlu kılınmasının 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yasal bir dayanağı bulunduğu değerlendirilmektedir⁸²⁷.1593 sayılı Kanun'un 64'üncü maddesine göre "57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık

⁸²⁵ Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR), DNA aranması maksadıyla ilk kez 1985 yılında Kary Mullis'in keşfettiği bir bulgu olup, PCR tabanlı testlerin kullanımı insan ve hayvanlardaki enfeksiyonel hastalıkların teşhisinde günümüzde önemli bir rol oynamaktadır (**Serpil Kahya / Esra Büyükcangaz / Tayfun Çarlı**: "Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR) Optimizasyonu", Uludağ Üniversitesi Journal of Faculty of Veterinary Medicine (2013), S. 32, s. 32); Virüsün kesin tanısı kişilerden alınan örneklerde Covid-19 ribonükleik asitinin tespitiyle sağlanmakta olup, PCR testi en çok tercih edilen yöntemdir (**Çağatay Üstün / Gülsün Ayhan Aygörmez / Seçil Özçiftçi / Mehmet Korkmaz**: "COVID-19'da Zorunlu PCR Testi Uygulamasının Tıbbi ve Yasal Gereçekleriyle Etik Değerlendirmesi", Tepecik Eğitim ve Araştırma Dergisi (2020), S. 30(3), s. 221).

⁸²⁶ <https://www.csgb.gov.tr/duyurular/is-yerlerinde-covid-19-tedbirleri/>, E.T: 07.10.2021.

⁸²⁷ Üstün/Aygörmez/Özçiftçi/Korkmaz, s. 222-225.

şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşri ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sihat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır.” Dolayısıyla mezkûr Kanun’un 57’nci maddesinde sayılmasa dahi Kanun’da belirtilen tedbirlerin bu hastalıklarla mücadele kapsamında alınabileceği de ifade edilmektedir.

PCR testinin kanuni dayanağı bulunup bulunmadığı yönünde bir inceleme yapıldığında, kanaatimce 1593 sayılı Kanun’un 64 üncü maddesi kapsamında PCR testi yapılmasının kanuni dayanağı mevcuttur⁸²⁸. Bu noktada aşuya göre daha net bir değerlendirmeyi tercih etmemin sebebi, PCR testinin tıbbi müdahale niteliği her ne kadar aşikâr olsa da aşuya göre daha az müdahaleci bir tedbir olmasıdır. Aşının zorunlu olarak uygulanmasında Kanun’un daha somut, açık ve net olması beklenmelidir.

PCR testi uygulamaları açısından değerlendirilmesi gerekli diğer bir açı da işverenin, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında yerine getirmekle yükümlü olduğu sağlık gözetimidir⁸²⁹. İşçilerin iş görme borcuna dair bir yan yükümlülük çerçevesinde söz konusu sağlık gözetimine ve uygulanacak testlere katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün değerlendirilmesinde iş görme borcunun ve işyerinin niteliği de önem taşımaktadır⁸³⁰.

Sonuç olarak PCR testinin işveren tarafından zorunlu kılınması, işin niteliği de göz önünde bulundurularak tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılması ve ölçülülük ilkesi kapsamında makul bir iş sağlığı ve güvenliği tedbiri olarak ele alınmalıdır. Aşıda olduğu gibi insan sağlığı üzerinde olumsuz bir sonuç doğurma ihtimali bulunmayan PCR testinin reddedilmesinde işçi tarafının öne sürebileceği sağlık ya da herhangi bir

⁸²⁸ Aynı yönde görüş için bkz; Üstün/Aygörmez/Özçiftçi/Korkmaz, s. 225.

⁸²⁹ Civan, s. 115.

⁸³⁰ Civan, s. 147; Benzer yönde bkz, Yıldız, Eşit İşlem, s. 161.

inanç kapsamında makul bir sebep de görünmemektedir. Dolayısıyla tüm bu değerlendirmeler kapsamında, salgının tespiti ve yayılmasında önemli bir tedbir olan PCR testi uygulamasının reddedilmesinin 4857 sayılı İş Kanunu m.25/II-1 düzenlemesine göre de işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi halini teşkil edeceği ve haklı nedene dayalı fesih oluşturabileceği kanaatindeyim⁸³¹.

Bu doğrultuda aşının kişinin vücut bütünlüğünü ilgilendiren tıbbi müdahale niteliği bir kenara bırakıldığında, işyerinde belirlenen salgın tedbirlerine uyulmaması çalışanın iş sözleşmesinin feshedilmesi için haklı neden niteliğinde değerlendirilebilecektir⁸³².

i. Covid-19 Kapsamındaki Tedbirlerin Kişisel Veri Boyutu

Konunun kişisel verilerin korunmasına dair önemli bir boyutu da bulunmaktadır. Gerek aşı gerekse PCR testine ilişkin veriler 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6/1⁸³³ kapsamında özel nitelikli kişisel veridir. Söz konusu verilerin özel niteliği ve işlenmesine ilişkin hususlar da kişilerde tereddüt yaratabilmektedir.

Yine aynı Kanun'un m. 6/3 hükmü uyarınca da sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler

⁸³¹ Öğretide Civan da söz konusu teste tabi tutulmaktan kaçınılmasının işçinin aleyhine yorumlanabileceğini, İK m. 25/2-1 kapsamında haklı feshin ya da geçerli feshin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir (Civan, s. 148).

⁸³² İş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulmamasının haklı fesih nedeni olduğu hakkında bkz; Y22HD, T. 10.05.2016, E. 2016/11845, K. 2016/14174, www.lexpera.com.tr, E.T: 14.12.2021.

⁸³³ 6698 sk. m. 6/1: Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir⁸³⁴. Bu kapsamda söz konusu verilerin yetkili kurum ve kuruluşlarca işlenmesinin kanuni dayanağı mevcut olmakla birlikte, gizliliğe dair gerekli hükümlere uyulmasına dikkat edilmelidir. Nitekim Borçlar Kanunu m. 419/1’de işverenin, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği düzenlenmektedir.

Bununla birlikte, çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceği için kişisel veriye ilişkin hususlar üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

H. İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİ DEĞERLENDİRMESİNDE HEDEF SÖZLEŞMELERİ

1. Genel Olarak

Hedef sözleşmesi, işçi ile işveren arasında belirli bir süreçte işçinin kararlaştırılan performans hedeflerine ulaşmasını konu edinen ve şartın gerçekleşmesi halinde işçinin ödüllendirme ile teşvik edildiği bir tür sözleşmedir⁸³⁵. Söz konusu hedef sözleşmelerinin literatürdeki temeli Peter Drucker’ın 1955 tarihli çalışmasındaki hedefli yönetim (*Management by Objectives*) kavramına dayandırılmaktadır⁸³⁶.

⁸³⁴ 6698 sayılı Kanun m. 6/3: Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

⁸³⁵ **Karin Tondorf**: “Zielvereinbarungen: Mitbestimmungspolitische Aspekte”, Verwaltung Und Management (1999), Vol. 5, No. 6, s. 340; **Mahmut Kabakçı**: “İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeleri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 12 Levha Yayıncılık, Editör: Tankut Centel, İstanbul 2016, s. 213; **Wolfgang Trittin / Esther Fischer**: “Mitbestimmung: Mitbestimmung Bei Individuellen Zielen? Zu den Rechten des Betriebsrats Bei Zielvereinbarungen”, Arbeit und Recht (2006), Vol. 54, No. 8, s. 261; Kabakçı, s. 151; ArbG Munich, Final Judgment v. 11.02.2017 - 11 Ca 160/16, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-149629?hl=true>, E.T: 05.08.2021; Hromadka/Maschmann, s. 233; Sakowski, s. 76.

⁸³⁶ **Ronald G Greenwood**: “Management By Objectives: As Developed By Peter Drucker, Assisted by Harold Smiddy”, The Academy of Management Review (1981), Vol. 6, No. 2, s. 225.

Aşağıdaki Yargıtay kararında hedef sözleşmeleri kavramı somut bir şekilde ifade edilmese de “prim” kavramı üzerinden konunun ele alındığı görülmektedir⁸³⁷:

“Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin dava verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir. Pirimin kişiye özgü olması sebebiyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmez. Bununla birlikte, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece pirim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur. İşçinin prime hak kazanması için işyerinde pirim ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmış olması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin prim talep hakkı vardır.”

Hedefe ulaşmak için öngörülen süreç genellikle bir yıl olarak belirlenmektedir⁸³⁸. Hedeflere ulaşılması halinde hem işveren tarafının hem de işçi tarafının menfaatlerinin karşılanması söz konusu olmaktadır. Bu yönüyle işverenin, işçinin sergilemiş olduğu yüksek performansa dair duymuş olduğu memnuniyetin göstergesi niteliğinde bir ödül öngörülmektedir.

Türk iş hukuku kapsamında öğretilde ve uygulamada prim ya da bonus ücret gibi isimlerle benzer bir uygulaması olan kavram için, Alman hukukundaki “Zielvereinbarung” yani hedef sözleşmeleri ismi tercih edilmiştir⁸³⁹.

⁸³⁷Y7HD, T. 15.4.2015, E. 2015/3681,K. 2015/7159, www.lexpera.com.tr, E.T: 05.08.2021.

⁸³⁸ **Thomas Peuntner**: “Management by Objectives (MbO) – Grundlagen”, Haufe-Lexware GmbH & Co.KG, Personal (1999), Vol. 51, No. 10, s. 286; Trittin/Fischer, s. 261; Hromadka/Maschmann, s. 233.

⁸³⁹ ArbG Munich, Final Judgment v.11.02.2017 - 11 Ca 160/16, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-149629?hl=true>, E.T: 05.08.2021; Kabakçı, Hedef Sözleşmeleri, s. 211.

Optimal bir hedef sözleşmesi işçinin bağımsız bir şekilde hareket etmesini ve yaratıcılığını teşvik eder niteliktedir⁸⁴⁰. Ayrıca işverenin kendisinden beklentilerinin ne olduğunu işçinin daha iyi şekilde anlamasına yardımcı olur. Bu yönüyle kontrol işlevinin bulunduğu da ifade edilebilir⁸⁴¹. Hedef sözleşmesinde tek bir nihai hedef belirlenebileceği gibi, ara hedeflerin öngörüldüğü basamaklı bir sistem de kararlaştırılabilir. Ancak belirlenen hedeflerin, işçinin yükümlü olduğu asıl iş görme borcundan ayırık hedefler olmamasına dikkat edilmeli ve işyerinin kurumsal hedefleri ile koordinasyon içinde olunmalıdır⁸⁴².

2. İşverence Belirlenen Hedefler ile Hedef Sözleşmeleri Karşılaştırması

Hedef sözleşmeleri her ne kadar işverence tek taraflı olarak belirlenen hedefler ile benzerlik gösterse de aralarında belirgin bir fark bulunmaktadır. Bu fark, sözleşme kavramının tabiatından, yani taraflar arasındaki karşılıklı anlaşmadan kaynaklanmaktadır⁸⁴³. İşveren tarafından belirlenen hedefler işverenin yönetim hakkına girmekte olup, bu itibarla da tek taraflı bir niteliktedir. Ancak uygulamada çoğunlukla işverenin bu yönde bir hedef belirlemesi ve işçi tarafının bu şartlara genelde uyum sağlaması yönündeki durum da hedef sözleşmelerinin sözleşme niteliğini işverenin tek taraflı belirlediği hedeflere yaklaştırmaktadır⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ Peuntner, s. 286; **Albert Martin / Volker Drees**: “Gemeinsame Ziele: Zur Durchführung von Zielvereinbarungsgesprächen”, Schriften aus dem Institut für Mittelstandsforschung, No. 6, Universität Lüneburg, Lüneburg 2001, s. 4; **Frank Wippermann**: “Zielvereinbarungen (Fachartikel)”, s. 4, https://www.flow.de/wp-content/uploads/2019/10/artikel-zielvereinbarung_de.pdf; **Wolfgang Pippke**: “Zielvereinbarungen”, Verwaltung Und Management (1997), Vol. 3, No. 5, s. 291; Sakowski, s. 76.

⁸⁴¹ Martin/Drees, s. 6.

⁸⁴² Martin/Drees, s. 6; Tondorf, s. 341; **Eckhard Eyer / Thomass Haussmann**: Zielvereinbarung und Variable Vergütung Ein Praktischer Leitfaden - Nicht Nur Für Führungskräfte, 2. Auflage, Gabler, Wiesbaden 2003, s. 15.

⁸⁴³ ArbG Munich, Final Judgment v.11.02.2017 - 11 Ca 160/16, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-149629?hl=true, E.T: 05.08.2021>; Kabakcı, Hedef Sözleşmeleri, s. 214; Sakowski, s. 76.

⁸⁴⁴ Tondorf, s. 341; Wippermann, s. 3.

Hedef sözleşmelerinde ilgili şartların belirlenmesinde işçinin de katılımı söz konusu olup, bu yönüyle ek bir iş sözleşmesi niteliğindedir⁸⁴⁵. TBK m. 26’da yer alan *“ tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilmesi ”* ifadesi hedef sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Bununla birlikte Alman öğretisinde hedef sözleşmelerinin kolektif sözleşmelerin yerini alabileceği, kolektif sözleşmelere göre yapısallığının daha düşük olduğu yönünde eleştiriler de mevcuttur⁸⁴⁶.

3. Hedef Sözleşmelerinin Bağlayıcılığı ve Hedefe Ulaşılamamasının Sonuçları

Hedef sözleşmelerinin taraflara karşılıklı yükümlülükler ve haklar getiren bir sözleşme hükmünde mi, yoksa işveren ve işçi tarafı açısından hukuki bağlayıcılığı bulunmayan karşılıklı beklentiler niteliğinde mi olduğu öğretilerde işçinin hedeflere ulaşamaması halinde bunun yetersizlik teşkil edip etmediği noktasındaki görüşlerin temelinin oluşturmaktadır.

Öğretilerde hedef sözleşmelerinin bağlayıcı hükümler içerdiğini ifade eden baskın görüşe göre, hedef sözleşmesi ile işçinin iş görme borcunun içeriği somutlaştırılmakta olup, bu hedeflerin karşılanamaması halinde iş sözleşmesinin feshine varabilecek yaptırımlar söz konusu olabilecektir⁸⁴⁷.

Bu görüşe göre hedefe ulaşamaması iş görme borcunun yerine getirilmesinde yetersizlik olarak değerlendirilmektedir⁸⁴⁸. Hedefe ulaşamaması halinin iş görme borcunun ihlali olarak görülmesi, hedef sözleşmelerini sonuca yönelik sorumluluk ve

⁸⁴⁵ Kabakcı, Hedef Sözleşmeleri, s. 214; Kabakcı, s. 152.

⁸⁴⁶ Tondorf, s. 341.

⁸⁴⁷ Kabakcı, s. 155.

⁸⁴⁸ Kabakcı, Hedef Sözleşmeleri, s. 216.

ayıba karşı tekeffül yönüyle eser sözleşmelerine yaklaştırmaktadır⁸⁴⁹. Eser sözleşmeleri TBK m. 470’te ifade edildiği üzere yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Eser sözleşmelerinde iş görme faaliyetinden ziyade faaliyet neticesinde ortaya çıkan sonuç önem kazanmaktadır⁸⁵⁰.

Bu görüş kapsamında işçinin yalnızca belli bir döneme ilişkin hedefleri karşılayamaması sonucunda fesih yoluna gidilmemelidir. Ancak bu durumun gelecek dönemlerde de tekrarlanması halinde yetersizliğe dayalı geçerli nedenle fesih gündeme gelebilecektir. Burada iş hukuku açısından feshe esas alınan, hedefe ulaşılamamasından ziyade iş görme borcunun kusurlu bir şekilde ihlal edildiği varsayımıdır⁸⁵¹.

Yukarıda yer verilen görüşün aksine, hedef sözleşmelerinin taraflar açısından bağlayıcı hükümler teşkil etmekten ziyade karşılıklı beklentilerin somutlaştırılmasından ibaret olduğu kanaatindeyim. Zira Alman öğretisinde de ileri sürüldüğü üzere hedef sözleşmelerinin amacı işçinin motivasyonunu artırmak, işverenin de menfaatine olan bir hususta onu daha fazla ve dikkatli çalışmaya teşvik etmektir⁸⁵². Düşük performans gösterilmesi halinde işçinin zarara ortak olması gibi işçiye sorumluluk yükleyen düzenlemeler Alman hukuk sisteminde kabul görmemektedir⁸⁵³. Dolayısıyla hedef sözleşmelerinde genellikle söz konusu işçinin emsali niteliğinde olan işçilerin ortalama düzeyinden ya da işçinin kendine dair

⁸⁴⁹ Kabakcı, s. 153.

⁸⁵⁰ **Müge Ürem:** Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1. Bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 5.

⁸⁵¹ Kabakcı, s. 156.

⁸⁵² Tondorf, s. 340; Peuntner, s. 286; Martin/Drees, s. 6; **Watzka Klaus:** “Zielvereinbarungen -- Faktoren für den Erfolg (2)”, Die Bank (August 2012), Issue 8, s. 79.

⁸⁵³ Sakowski, s. 76.

geçmişteki ortalama verilerinden daha yüksek düzeyde bir hedef belirlenmekte, bunun karşılığında da bir ödül, uygulamadaki tabiriyle bonus sözü verilmektedir.

4. Hedefe Ulaşamaması Yetersizlik Teşkil Eder mi?

Kanaatimce işçinin motivasyonunu artırmak amacıyla uygulanan hedef sözleşmelerinde belirlenen hedeflerin karşılanamaması işçinin yetersizliği olarak değerlendirilmemelidir. Hedefe ulaşamamanın yetersizlik olarak kabulü işletmenin ekonomik risklerini işçinin üzerine yüklemek anlamına gelecektir⁸⁵⁴. Öğretide Süzek tarafından da bu durumun yetersizlik olarak kabul edilmesinin İş Kanunu m. 18/1’de yer alan emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir⁸⁵⁵.

Aksi yönde bir görüş, yukarıda da ifade edildiği üzere iş sözleşmesini belli bir ifanın ertesinde somut bir sonucun ortaya konulmasının beklendiği eser sözleşmesine yaklaştırmaktadır. Hedef sözleşmelerinde belirlenen hedeflere ulaşamaması halinde işçinin performansının düşük olduğu ya da mesleki yetersizliğinin bulunduğu kabul edilmesi işçiyi iş güvencesi hükümlerinden mahrum bırakabilecek niteliktedir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere ismen hedef sözleşmesi olarak belirtilse de belirlenen hedefler çoğunlukla işverenin hiyerarşik konumundan etkilenmektedir. Bu doğrultuda hedeflere ulaşamamasının işçi açısından yalnızca öngörülen ödüle ya da bonusa ulaşamamak gibi bir sonuç doğurduğunu değerlendirmekteyim⁸⁵⁶.

Hedef sözleşmeleri ile amaçlanan husus TBK m. 396’ da düzenlendiği üzere işçinin yüklendiği işi özenle yapması değil, ortalama özen seviyesinin üzerinde bir

⁸⁵⁴ Bu konudaki görüşler için bkz; Kabakçı, Hedef Sözleşmeleri, s. 213; Kabakçı, s. 157.

⁸⁵⁵ Süzek, s. 581.

⁸⁵⁶ Öğretide Kabakçı, işçinin hedefe ulaşamamasının fesih noktasında da etkileri olabileceğini ifade etmektedir. Buna göre hedef sözleşmeleri için yapılan görüşmelerde işçinin hedefin tespitine etkin bir şekilde katıldığı kabul edilmesi halinde hedefe ulaşamamanın feshe dair sonuçları olacaktır (Kabakçı, s. 156).

performans düzeyi için işçiyi teşvik etmektir. İşçinin ortalama düzeyde görmekte yükümlü olduğu performans düzeyinin sağlanması için ayrıca bir hedef belirlenmesine gerek olmadığını, işçinin bu düzeyi sağlayamaması halinde hedef sözleşmesiyle bağlantısı olmaksızın yetersizliğinin söz konusu olacağını değerlendirmekteyim.

Bu konuyu netleştirmek adına şu yönde bir örnek verilebilir:

İşçi A tekstil sektöründe çalışmakta olup, her ay 100 parça ürünü hazır hale getirmektedir. İşçi A'nın performans düzeyi, tekstil sektöründe aynı ya da benzer işi görmekte olan işçilerle karşılaştırıldığında 100 parça ürünün ortalama düzeyde olduğu değerlendirilmektedir. Bu noktada işletmesinin üretim miktarını artırarak daha fazla kazanç elde etmek isteyen işveren B, A ile bu noktada bir görüşme gerçekleştirmiştir ve A'yı daha yüksek bir çıktı için teşvik etmek istemektedir. Görüşmenin neticesinde A ile B, A'nın aylık 120 ürünü hazır hale getirmesi karşılığında 1000 TL ödülü hak edeceği noktasında anlaşmaya varmışlardır. Bu hedef, oldukça somut, şeffaf ve gerçekleştirilebilir nitelikte bir hedeftir. Söz konusu anlaşma neticesinde altı aylık bir süreçte A daha fazla emek ve dikkat sarf etmesine rağmen ancak 105 ila 110 parça ortaya çıkarabilmiştir.

Bu noktada A'nın durumunun yetersizlik olarak görülmesi kanaatimce akla uygun değildir. A her ne kadar hedefi tutturamamış olsa da emsal nitelikteki işçilerin ortalama düzeyinin üzerinde bir üretim meydana getirmektedir. Ancak Alman hukukunda baskın nitelikte olan ve Türk öğretisinde Kabakcı tarafından savunulan görüşe göre, işçinin birden fazla kez hedefe ulaşamaması halinde, işçinin göstermekle yükümlü olduğu çabayı göstermediğinden bahisle geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir⁸⁵⁷. Aynı görüş kapsamında hedefe bir kez ulaşamamasının doğrudan

⁸⁵⁷ Kabakcı, Hedef Sözleşmeleri, s. 222.

feshe sebebiyet vermeyeceği, her olayın kendi somut koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, burada söz konusu olanın hedefe ulaşamamasından ziyade işçinin gerekli çabayı göstermediği ve iş görme borcunun kusurlu olarak ihlal edildiği de ifade edilmektedir. Bu görüşe göre belirlenen hedeflerin gerçekçi ve işçi açısından ulaşılabilir olması halinde, işçilerin hedefe ulaşamaması geçerli feshe esas teşkil edebilecektir. Yargıtay'ın da bu yönde bir görüşünün bulunduğu ifade edilebilir⁸⁵⁸:

“Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise, ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.”

Bu görüş kabul edilse dahi kanaatimce bu noktada iş görme borcunun ihlali, işçinin davranışlarından kaynaklı gerçekleşmektedir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere işçinin yetersizliğinden kaynaklanan ve davranışlarından kaynaklanan nedenleri ayırt eden unsur işçinin iradesidir. İşçinin davranışlarından kaynaklı fesihlerde işçinin gerekli fiziki ya da meslekli yeterliliği bulunmakla birlikte, işçi kendi iradesi dâhilinde iş görme borcunu beklediği şekilde yerine getirmemektedir.

Sonuç olarak, hedef sözleşmelerinde öngörülen hedeflerin gerçekleştirilebilir, ölçülebilir ve şeffaf olması gereklidir⁸⁵⁹. Bunun yanı sıra işyerinin kurumsal hedefleri ile paralel hedefler seçilmeli, birbiriyle çelişmelerine imkân verilmemelidir. TBK m.

⁸⁵⁸ Y22HD, T. 04.07.2018, E. 2018/8007, K. 2018/16757, www.lexpera.com.tr, E.T: 05.08.2021.

⁸⁵⁹ Peuntner, s. 286; Martin/Drees, s. 6; Pippke, s. 291.

⁸⁵⁹ Martin/Drees, s. 6.

26 kapsamında hedef sözleşmeleri açısından özel bir sınırlama getirilmediği için, genel şartlara uygun olarak müşteri memnuniyeti gibi kriterlerin de belirlenmesi mümkündür⁸⁶⁰. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere bu ve benzeri ölçütlerin ölçülebilirliği pek mümkün olmadığı için hedefin sübjektif yargılara tabi olması söz konusu olacaktır⁸⁶¹. Sübjektif değerlerin hedef sözleşmelerine dâhil edilmesi, geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasını güçleştirecektir. Zira bu gibi durumlarda özellikle ispat sorunu gündeme gelebilecektir.

⁸⁶⁰ Kabakcı, s. 157.

⁸⁶¹ Martin/Drees, s. 17.

Üçüncü Bölüm

İŞÇİNİN YETERSİZLİĞİNE DAYALI FESİHTE ÖZEL

DURUMLAR

§5. ŞÜPHE FESHİ

I. GENEL OLARAK

İş ilişkisinin kişisel nitelikli bir sözleşmeye dayalı olması, taraflar arasındaki güven duygusunu önemli kılmaktadır. Bu güven duygusu gerek iş sözleşmesinin kuruluşu aşamasında gerekse iş ilişkisinin devamında büyük önemi haizdir. Güven duygusunun kesin ispatlanamamış vakıalar neticesinde de sarsılması mümkün olup, böyle bir durumda tarafların hiçbir şey yokmuş gibi iş ilişkilerine devam etmeleri çoğunlukla mümkün değildir ve beklenemez⁸⁶².

İşçinin iş sözleşmesi kapsamındaki bir yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiğine ya da suç teşkil eden bir davranışta bulunduğu dair duyulan şüphe işverenin işçiye olan güven duygusunu yitirmesine ve güven temelini zedelenmesine yol açarak şüphe feshine sebep olabilmektedir⁸⁶³. Dolayısıyla şüphe konusu vakıanın iş ilişkisi ile bağlantılı olması gereklidir⁸⁶⁴. Ancak sözleşmeye aykırılığın işverene karşı olması şart

⁸⁶² **Volker Naujok**: “Das Spannungsverhältnis Zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung”, Arbeit und Recht (Oktober 1998), Vol. 46, No. 10, s. 398; **İsmail Karapınar**: “Şüphe Nedeniyle Feshin Sınırları, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (1985), S. 6(1), s. 231; **Ersin Erdoğan / Canan Erdoğan**: “Şüphe Feshine Dayalı Davalarda Yargılamanın İadesi ve Yeniden Yargılanma”, Adalet Dergisi (Aralık 2020), C. 0, S. 65, s. 467; Evren, s. 113.

⁸⁶³ **Olaf Deinert**: “Die Verdachtskündigung – Neues Zu Alten Thema”, Arbeit und Recht (2005), Vol. 53, Issue 8 – 9, s. 286; **Clemens Appel / Doris Gerken**: “Pro und Contra Verdachtskündigung”, Arbeit und Recht (Juni 1995), Vol. 43, No. 6, s. 201; **Kemal Öcal Evren**: “Şüphe Feshi”, Terazi Hukuk Dergisi (Kasım 2009), S. 39, s. 44; **Kübra Doğan Yenisey**: “Şüphe Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Eylül 2008.), S. 11, s. 11; **Ulaş Baysal**: “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (2016), S. 35, s. 87; **Sevil Doğan**: “İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, Editör: Kübra Doğan Yenisey, 12 Levha Yayınları, 2019, s. 1030; Erdoğan/Erdoğan, s. 465; Baysal, s. 143; Bu yönde yargı kararı için bkz; Y9HD, T.08.04.2019, E. 2019/1352, K. 2019/7992, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021.

⁸⁶⁴ Evren, s. 113; Erdoğan/Erdoğan, s. 474.

niteliğinde değildir. İşverene bağlı başka bir işçiye ya da bir müşteriye yönelik ihlaller de şüphe feshine konu olabilir⁸⁶⁵.

Kavramın dogmatik temeli öğretide “şüphe” unsuruna ya da “güven temelinin sarsılması” unsuruna dayandırılmaktadır. Kanaatimce isabetli olan ve öğretide çoğunlukla savunulduğu üzere, esas olan oldukça soyut nitelikte bulunan şüphe kavramı değil, bu şüphe neticesinde ortaya çıkan ve objektif olgularla desteklenebilen güven sarsılmasıdır⁸⁶⁶. Buna ilişkin Yargıtay kararı da şu şekildedir⁸⁶⁷:

“İş ilişkisinde işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir. Şüphe, fesih anında mevcut belirli objektif vakia ve emarelere dayanmalıdır. İşverenin sırf sübjektif değerlendirmesi yeterli olmayıp, yapılan incelemede işçinin şüphe edilen eylemi işlediğinin büyük bir ihtimal dâhilinde olduğu sonucunun ortaya çıkması gerekir. Somut olayda, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı muhtelif tarihte, temizlik görevlisi tarafından Eshot Garajında bulunarak kendilerine getirilen 50,00 TL'ye ilişkin aynı vardiyada çalışan Mehmet Koşan ile birlikte tutanak tutmuştur. Tanık beyanlarına göre, işyeri uygulaması gereği en geç bir hafta sonra kayıp eşyaların

⁸⁶⁵ Huriye Hilal Yılmaz: “Yargıtay Kararları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Şüphe Feshi”, Çimento İşveren Dergisi (2018), C. 32, S.5, s. 14.

⁸⁶⁶ Appel/Gerken, s. 205; Erdoğan/Erdoğan, s. 472.

⁸⁶⁷ Y22HD, T. 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021.

tutanak ile birlikte emanet birimine teslim edilmesi gerekmektedir. Ancak birkaç ay sonra dava dışı Mehmet Koşan'ın kendi vardiyasında çalışırken yaptığı kontrol sırasında tutanağa rağmen paranın bulunmadığını fark etmesi üzerine davacıyı telefonla aradığı, davacının parayı tutanağa iğnelediklerini söylediği, tutanakta iğne izi olmadığını fark etmesi üzerine davacı ile tekrar telefonla görüştüğü, sonuç alamaması üzerine bekleyen tutanakları yaktığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar tutanakları yakan kişinin davacı olmadığı açık ise de, kayıp 50,00TL nin vardiya arkadaşı Mehmet Koşan ile birlikte davacıya teslim edildiği ve zamanında ilgili birimlere iletilmediği açıktır. Ortaya çıkan bu olgular sebebi ile işverenden iş ilişkisini sürdürmesi beklenemez derecede şüphe meydana gelmiş olup iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı sabit olmasa da geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir. Bu sebeple davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Bu kapsamda benzer Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere “davacının iş akdinin Ohal kapsamında alınan komisyon kararları ve KHK'lar çerçevesinde feshedilmesi ve davacının Fetö/Pdy ile ilgi iltisak ya da irtibatı bulunması noktasında yeterli delilin mevcudiyeti”⁸⁶⁸, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesine rağmen terör örgütü iltisakı bulunduğu dair yeterli delil bulunması⁸⁶⁹, işletmeye dair bilgilerin rakip firmaya sızdırıldığı şüphesi⁸⁷⁰ ve geçmişteki sabıkası⁸⁷¹ şüphe feshini geçerli kılan nedenler olarak gösterilmiştir. İstirahat raporu almak için aldatıcı davranışlarda bulunduğu, yalan söylendiği, hileli harcamalarda bulunduğu, nakit

⁸⁶⁸ Y9HD, T. 02.07.2019, E. 2019/5091, K. 2019/14741, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021; Aynı yönde bkz; Y9HD, T. 11.09.2019, E. 2019/5413, K. 2019/15558, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T: 26.08.2021.

⁸⁶⁹ Y9HD, T. 11.12.2019, E. 2019/7638, K. 2019/22121, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, E.T: 26.08.2021.

⁸⁷⁰ Y9HD, T. 02.06.2008, E. 2007/39391, K. 2008/13515, www.legalbank.net, E.T: 24.08.2021.

⁸⁷¹ Y9HD, T. 22.10.2007, E. 2007/16878, K. 2007/30923, www.legalbank.net, E.T: 24.08.2021.

kayıtlarında oynama yapıldığı ya da işletmeye ait nakit paranın kişi tarafından gizlice alındığı şüphesi de şüphe feshine dayanak oluşturabilecek durumlara örnek olarak gösterilebilir⁸⁷².

II. ŞÜPHE FESHİNİN ŞARTLARI

A. KUVVETLİ VE OBJEKTİF BİR ŞÜPHENİN VARLIĞI

Şüphe feshinde işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, iş ilişkisinin kişisel niteliği sebebiyle taraflar arasındaki güven olgusunu sarsmakta ya da zedelemektedir⁸⁷³. Bu yönüyle şüphenin kuvvetli bir şüphe olması gereklidir⁸⁷⁴. Her ne kadar şüphe kavramı kendi içinde bir belirsizliği ihtiva etse de işçinin bulunduğu pozisyon, işletmenin icra etmekte olduğu iş ve işçinin geçmişteki yaşantısı, davranış ve tutumları feshi gerekli kılabilenmektedir⁸⁷⁵.

Temelinde subjektif bir değerlendirmeye dayalı olan şüphe feshinin, keyfi olarak kullanılmasından Medeni Kanun m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde

⁸⁷² Appel/Gerken, s. 201; **Kürşat Kaplan**: “Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri”, Legal İHSGHD (2010), S. 27, s. 983.

⁸⁷³ **Erich Hanel**: “Die Verdachtskündigung”, Personal-Mensch und Arbeit (Juli 1987), Vol. 39, No. 6, s. 262.

⁸⁷⁴ Kaplan, s. 984; Yılmaz, Huriye Hilal, s. 14.

⁸⁷⁵ Appel/Gerken, s. 205; Karapınar, s. 21; İşin niteliğinin feshe etkisi hakkında yargı kararı için bkz; “Dosya içeriğine göre; T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nün davalı ...’na gönderdiği 16.12.2015 tarihli yazısında; kabin ekibi üyesi işçi ...’nin alkol-psikoaktif madde kullanımının söz konusu olabileceği, yazı tarihi itibarıyla sağlık durumu kesinleşinceye ve/veya tedavisi tamamlanıncaya kadar geçici olarak uçuşa elverişli olmadığına karar verilmiştir. Devamında işçi ...’nin muayene için sevk edildiği T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Hava Sağlık Birimi tarafından düzenlenen raporda; işçinin muayeneye elverişli şartların oluşmasını engellediği belirtilerek alkol- psikoaktif madde testi sonucu pozitif kabul edildiği, 04.03.2016 tarihli disiplin kurulu kararında da işçi ...’nin yazılı açıklaması olarak kayda geçen kısımda; boş günlerinde esrar içtiğini belirtmesi karşısında, buna dair beyanda bulunduğu anlaşılabilir ve davalı işveren tarafından iş akdi feshedilen davacı işçinin dosyada yer alan tüm kayıtlar değerlendirildiğinde; davalı işverenin Alkol ve Psikoaktif Madde Kontrolü Prosedürüne aykırı davranışına dair hakkında yeterli şüphe bulunan davacıyı çalıştırmaya devam ettirmesinin davalı işverenden beklemek mümkün olmadığı gibi iş sözleşmesinin devamının çekilmez hale geldiğini kabul etmek gerekeceği feshin, şüphe feshinin şartlarını taşıdığı ve geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.” Y9HD, T. 26.11.2018, E. 2018/2820, K. 2018/21316, www.lexpera.com.tr, E.T: 15.12.2021.

kaçınılmalıdır⁸⁷⁶. Bundan dolayı şüphenin belli bir ağırlıkta olması, işverenden artık iş ilişkisini sürdürmenin beklenememesi gereklidir⁸⁷⁷. Şüphe düzeyinin işverenin artık katlanması beklenemeyecek bir seviyeye ulaşması halinde, işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme borcu açısından uygunluğunu kaybettiği kabul edilmektedir⁸⁷⁸.

Hemen yukarıda yer verilen Yargıtay kararında⁸⁷⁹ da olduğu üzere şüphe feshinin söz konusu olması için şüpheyeye sebep olan eylem ve davranışın belirli, objektif vakalara dayalı olması gereklidir. Şüphe konusu olayın gerçekleşmiş olması, büyük bir ihtimal dâhilinde olmalıdır.

Şüphe feshinde süreç işverenin şüpheli durum hakkında, bunun boyutu ve etkileri üzerinde bir fikir sahibi olmasıyla başlar⁸⁸⁰. Ancak şüphe feshi açısından değerlendirmeye esas alınacak zaman dilimi, çalışmamızda daha önce de yer verildiği üzere feshin gerçekleştirildiği andır⁸⁸¹. Yargıtay da bu konuya dair bir kararında şüpheyeye dayanak olan olay ile fesih anı arasında bir yıl süre olmasını sebep göstererek, fesih anında objektif bir vaka olmadığına hükmetmiştir⁸⁸². Fesih gerçekleşikten sonra meydana gelen ya da ortaya çıkan vakalar feshin geçerliliği üzerinde bir etkiye sahip değildir⁸⁸³.

⁸⁷⁶Y9HD, T. 16.03.2009, E. 2008/1701, K. 2009/6827, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021; Baysal, Şüphe Feshi, s. 89.

⁸⁷⁷ Erdoğan/Erdoğan, s. 476.

⁸⁷⁸ Aynı yönde bkz; Doğan Yenisey, s. 69; Baysal, Şüphe Feshi, s. 87; Baysal, s. 146.

⁸⁷⁹ Y22HD, T. 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021.

⁸⁸⁰ Hanel, s. 263.

⁸⁸¹ Appel/Gerken, s. 202.

⁸⁸² “Somut uyuşmazlıkta ilaçların fabrika dışına çıkarılması olayının yaklaşık bir yıl önce olduğu belirtilmiştir. Fesih anında mevcut belirli objektif bir vaka ve emare bulunmamaktadır. Kısaca fesih anında davacının şüpheyeye uyandıracak bir davranışı yoktur. Davalı işveren geçerli ve haklı fesih nedenini kanıtlayamadığından, davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.” Y9HD, T. 01.12.2014, E. 2014/25713, K. 2014/36221, www.legalbank.net, E.T: 24.08.2021.

⁸⁸³ Erdoğan/Erdoğan, s. 479; Yılmaz, Huriye Hilal, s.15.

Mahkemeler açısından feshin geçerliliğine dair yapılacak denetimde şüphe konusu vakanın gerçekleşip gerçekleşmediği⁸⁸⁴ ve vaka neticesinde oluşan şüphenin feshe dayanak teşkil edecek ağırlıkta objektif ve güçlü olup olmadığı ortaya konulmalıdır⁸⁸⁵. Bu kapsamda söz konusu ağırlığın tespitinde olayın, çalışılan işyerinin niteliğinin, işçinin pozisyonunun dikkate alınması gereklidir⁸⁸⁶. Örnek olarak bir bilişim firmasında üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi hakkında ticari sır niteliğindeki bilgilerin rakip firmaya sızdırılması noktasında duyulan şüphe, objektif olgularla desteklenmesi koşuluyla fesih için yeterli ağırlıkta görülmelidir.

B. ŞÜPHENİN İŞÇİYE İSNAT EDİLEBİLMESİ

Şüphenin, söz konusu işçiye isnat edilebilecek nitelikte olması gereklidir. Bu konuda önemli bir örnek oluşturan Yargıtay kararında, şirket arşivinde bulunan bir makbuzun hangi bilgisayardan silindiğinin tespit edildiği, ancak bilgisayarlardan sorumlu beş işçinin de şifrelerini birbirlerine vererek kusurlu bir davranışta buldukları, bu sebeple hangi işçinin ihlalde bulunduğu net olarak anlaşılamadığı,

⁸⁸⁴ “Gerek İş Mahkemesinin gerekse Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçelerinde her ne kadar feshin geçerli nedene dayandığı belirtilmiş ise de kamu kurumu olan asıl işverenin kanaati yargı merciince incelenerek değerlendirilmeden davanın reddedildiği gözetildiğinde uyuşmazlığın esasının incelenmediği açıktır. Başvurucu tarafından asıl işverence hazırlandığı belirtilen listeye yönelik olarak yargılama sırasında ileri sürülen itirazlar davalılar tarafından cevaplanmadığı gibi derece mahkemeleri de feshe dayanak teşkil eden olguları ve bu çerçevede başvurusunun anılan listede yer almasına dayanak oluşturan somut durumları araştırma ve inceleme yönünde herhangi bir çaba göstermemiştir. Şu hâlde uyuşmazlığın esası hakkında gerekli inceleme ve değerlendirme yapılarak bir karar verilmediğinden başvurusunun karar hakkına bir müdahalede bulunulduğu kabul edilmelidir.” AYM Genel Kurul Kararı, T. 02.07.2020, Berrin Baran Eker [GK], B. No: 2018/23568, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/23568>, E.T: 20.08.2021. Aynı yönde bkz; AYM Genel Kurul Kararı, T. 02.07.2020, Emin Arda Büyük [GK], B. No: 2017/28079, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/28079>, E.T: 20.08.2021.

⁸⁸⁵Jeşgarzewski, s. 209; Appel/Gerken, s. 202; Baysal, Şüphe Feshi, s. 94; Erdoğan/Erdoğan, s. 481; Doğan Yenisey, s. 69.

⁸⁸⁶ Karapınar, s. 231; Alman öğretisinde Hanel, şüphe feshinin belli pozisyonlara özgü bir fesih olduğu görüşünün hatalı olduğunu ifade etmektedir. Ona göre pozisyonu ne olursa olsun her iş ilişkisi belli bir güven ilişkisini gerektirmekte ve şüphe feshinde dikkate alınmalıdır (Hanel, s. 262).

bunun neticesinde işverenin söz konusu beş işçiyi de şüphe feshi ile işten çıkarmasının geçerli bir fesih olduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁷.

Söz konusu Yargıtay kararında da belirtildiği üzere önemli olan bu şüphenin işçiye isnat edilebilir olup olmadığı ve bu durumun iş ilişkisi açısından kabul edilemez bir risk oluşturup oluşturmadığıdır. Kanaatimce de söz konusu riskin iş ilişkisi açısından oluşturduğu olumsuzluğun boyutu göz önünde tutulmak suretiyle geçerli bir feshin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Bu noktada söz konusu işçilerin verilere erişim yetkilerinin kapsamı ve bu verilerin işletme açısından önemi dikkate alınmalıdır. Doğan Yenisey ise söz konusu kararda şüphe feshinin şartlarının yeterince oluşmadığını ifade etmektedir⁸⁸⁸.

Şüphe konusu ihlal, işçinin bizzat kendisine isnat edilebilir nitelikte olmalıdır. İşçinin eşi, çocukları, yakın akrabaları ya da yakın dostlarını ilgilendiren bir hususun işçinin iş sözleşmesinin feshine etki etmesi mümkün değildir. Bu yöndeki bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir⁸⁸⁹:

“Somut olayda davacının iş sözleşmesinin, davalı Kurumun 04.01.2017 tarihli 2017/115 sayılı Yönetim Kurulu Kararına istinaden feshedildiği, söz konusu Yönetim

⁸⁸⁷ “Somut olayda; davalı şirketin arşiv kayıtlarında bulunması gereken bir makbuz örneğinin, şirketin önceki yönetim yetkililerince mevcut yönetim aleyhine eleştiri konusu yapılarak sosyal medyada paylaşıldığı, makbuzun akıbetinin işverence araştırılması sonrasında davacının görevli olduğu arşiv birimine teslim edilmiş olmasına rağmen bulunamadığı, hatta bilgisayar sistemine yüklenmiş örneğinin de silindiği, arşiv kısmında çalışan 5 kişiden hangisinin bilgisayarında silindiği tespit edilse de çalışanlar birbirlerinin şifreleri ile bilgisayara giriş yaptığından kaydı silen kişinin kim olduğunun kesin bir şekilde tespit edilemediği, bu durum sonrası işverenin arşiv kısmında çalışan kişilerin hepsine karşı güven duygusunun sarsıldığı anlaşılmıştır. Her ne kadar mahkeme gerekçesinde, bir kişinin hatalı eylemi sebebiyle beş kişinin birden işten çıkarılmasının geçerli fesih olamayacağı belirtilmişse de makbuzun arşivden çıkarılması olayının gerçekleştirilmesinde, arşiv çalışanlarının hepsi işveren açısından şüpheli durumda olduğu gibi bilgisayar oturumu açılış şifrelerini birbirleri ile paylaşarak gerçek sorumlu veya sorumluların tespiti imkânını ortadan kaldıran kusurlu davranışlarının bulunduğu, işverenin işçiye karşı güven duygusunun iş ilişkisini devam ettirmesi beklenemeyecek düzeyde zarar gördüğü ve iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı davalı işveren tarafından ispat olunmakla davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olmuş ve mahkemenin işe iade kararı yerinde görülmemiştir.” Y22HD, T. 06.06.2016, E. 2016/12017, K. 2016/16525, www.lexpera.com.tr, E.T:25.08.2021.

⁸⁸⁸Doğan Yenisey, Kıdem Tazminatı, s. 477

⁸⁸⁹ Y22HD, T. 17.10.2017, E. 2017/40841 K. 2017/21915, www.lexpera.com.tr, E.T: 20.08.2021.

Kurulu kararının incelenmesinde, “davacının eşinin ... soruşturması kapsamında mesleğinden ihraç edilmesi ve tutuklu bulunması nedeniyle Kurumun 22. HD., E. 2017/40841 K. 2017/21915 T. 17.10.2017 Sayfa 2/3 stratejik konumu gereği tüm yasal hakları ödenerek iş sözleşmesinin feshedildiği” açıklamasına yer verildiği görülmektedir... Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde şüphe feshine dayanak olarak gösterilen somut ve objektif olguların neler olduğu araştırılmalı, bu konuda taraflarca gösterilecek deliller toplanmalıdır. Bu çerçevede, davacı hakkında mevcut ise adli ya da idari soruşturma evrakları, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın Terörle Mücadele, Kaçakçılık, Organize Suçlar ve İstihbarat ile ilgili birimlerinden ve Bilgi Teknolojileri Kurumu'ndan varsa davacı ile ilgili bilgi ve belgeler ile yine Bank ... nezdinde açılmış mevduat hesapları, hesap hareketleri ve bankacılığa ilişkin işlemler olup olmadığı, davacının bylock kullanımı, örgüt okulları ile bağlantısı gibi hususlar da araştırıldıktan sonra, şüpheyi haklı kılacak somut vakıaların mevcut olup olmadığı hususunda tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek varılacak sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik incelemeyle yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirir.”

C. İŞVERENİN KONUYU AYDINLATMAK İÇİN MÜMKÜN OLAN TÜM ÇABAYI GÖSTERMİŞ OLMASI

Şüphe feshinin hukuka uygun bir fesih sayılması için, işverenin kendisinden beklenmesi mümkün tüm çabayı göstermiş olmasına rağmen şüpheyi konu eylem ya da davranışı kanıtlayamamış olması aranmaktadır⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ Erdoğan/Erdoğan, s. 474; Hanel, s. 262; Yılmaz, s. 14; Evren, Şüphe Feshi, s. 46; Jesgarzewski, s. 209; Bu yönde yargı kararı için bkz; YHGK, T. 15.11.2018, E. 2015/22-2715; K. 2018/1720, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021.

İşverenin şüpheye konu vakaları araştırma ve aydınlatma yükümlüğünün düzeyi, somut olayın koşullarına göre tespit edilmelidir⁸⁹¹. Şüphenin mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılması gereklidir⁸⁹². Yine bu kapsamda işveren, şüphe konusu olgular hakkında işçiyi dinlemeli ve usule uygun bir şekilde savunmasını almalıdır⁸⁹³. İşçi eğer savunma vermekten imtina ederse, işverenin bu yükümlülüğü kalkmış kabul edilir. Bu yöndeki bir Yargıtay kararına aşağıda yer verilmektedir⁸⁹⁴:

“Somut olayda, davalı işverenin davacı işçiden fesih öncesinde yazılı savunma talep ettiği ancak davacının savunma vermekten imtina ettiğine dair düzenlenen tutanak dosyaya sunulmuş ve tutanak münzilerinden Kenan tanık olarak gösterilip dinlenilmiş ise de tanık Kenan'ın beyanında, davacı işçiden fesih öncesinde savunma istenildiği halde davacının savunma yapmaktan imtina ettiğine ilişkin ve altında imzası bulunan tutanağın doğruluğu hususunda açıklama bulunmamaktadır. Tanığa söz konusu tutanak gösterilip davacının savunma vermekten imtina edip etmediği hususunda beyanı alınarak bu konudaki tereddüt ortadan kaldırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken Bölge Adliye Mahkemesi'nin eksik inceleme ile İlk Derece Mahkemesinin kararını kaldırarak kurduğu hüküm hatalıdır.”

III. ŞÜPHE FESHİNİN CEZA YARGILAMASI İLE İLİŞKİSİ

İşçi hakkında ceza yargılaması başlatılması, şüpheye konu vaka hakkında bir emare olsa da şüphe feshi ve ceza yargılaması birbirinden bağımsız işleyen

⁸⁹¹ Erdoğan/Erdoğan, s. 478.

⁸⁹² Kaplan, s. 984; Yılmaz, Huriye Hilal, s. 15.

⁸⁹³ Naujok, s. 401; Doğan Yenisey, Kıdem Tazminatı, s. 477; Yılmaz, s. 16; Erdoğan/Erdoğan, s. 478; Kaplan, s. 984; Baysal, Şüphe Feshi, s. 89; Doğan Yenisey, s. 68; Jesgarzewski, s. 210.

⁸⁹⁴ Y9HD, T. 06.06.2018, E. 2017/26199, K. 2018/12757, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021; Aynı yönde bkz; Yılmaz, Huriye Hilal, s. 16.

süreçlerdir⁸⁹⁵. Yargıtay'ın bazı kararlarında da belirtildiği üzere devam eden yargılamaların güven ilişkisi üzerinde yarattığı tesir somut olay bazında değerlendirilmek şartıyla iş sözleşmesinin feshine dayanak oluşturabilir ve bu açıdan ceza yargılamasının fesih yargılamasına tesir edebileceği de gözden kaçırılmamalıdır⁸⁹⁶.

Bununla birlikte işçinin fesih anında devam eden ceza yargılamasının sonradan mahkûmiyet dışında bir sonuç ile neticelenmesi, fesih anında objektif olgulara dayanan bir şüphe feshinin geçerliliğini etkilemeyecektir⁸⁹⁷. Önemli olan gerçeklerin mahkemece değerlendirilmesi ya da işçinin gerçekten suçlu olup olmadığı değil, fesih anında güven ilişkisinin işverenden iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek derecede zedelenmesidir⁸⁹⁸. Alman hukukunda işverenin şüpheyi olgunlaştıramaması halinde ceza yargılamasının sonucunu beklemesinin uygun olabileceği, ceza yargılaması sonucunda durumun netleşmesi halinde gerçekleştirilecek feshin ise şüphe feshi yerine somut vakalara dayalı bir fesih (*tatkündigung*) olacağı ifade edilmektedir⁸⁹⁹.

Kanaatimce bu noktada ceza yargılaması ile iş sözleşmesinin feshini aynı terazide değerlendirmemek elzem bir durumdur⁹⁰⁰. Ceza yargılamasının sonucunda hapis cezası da dâhil olmak üzere mahkûmiyet hükmü kurulması mümkünken, iş sözleşmesinin feshinde böyle bir netice yoktur⁹⁰¹. İş sözleşmesinin devamı için gerekli

⁸⁹⁵ Appel/Gerken, s. 202; Naujok, s. 400; Yılmaz, Huriye Hilal, s. 15.

⁸⁹⁶ “Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının da aralarında bulunduğu 338 davalı firma çalışanı hakkında usulsüz işlem yapmak suretiyle haksız prim etmeleri iddiasıyla Ağır Ceza Mahkemesinde dava açıldığı ve yargılamanın devam ettiği, mahkemece temyiz incelemesinden de geçerek kesinleşen bir takım emsal dosyalar örnek gösterilerek, davacı hakkında ceza davasının açılmasının işverenin çalışanına karşı güven ilişkisini önemli düzeyde zedeleyecek bir husus olmakla geçerli fesih sebebinin mevcut olduğu...” Y22HD, T. 07.12.2015, E. 2015/24267, K. 2015/35369, www.lexpera.com.tr, E.T: 14.12.2021; Aynı yönde bkz; Naujok, s. 400.

⁸⁹⁷ Aynı yönde bkz; Baysal, Şüphe Feshi, s. 90.

⁸⁹⁸ Appel/Gerken, s. 205; Doğan, s. 1030.

⁸⁹⁹ Yılmaz, Huriye Hilal, s. 18.

⁹⁰⁰ Aynı yönde bkz; Naujok, s. 400.

⁹⁰¹ Aynı yönde bkz; Baysal, Şüphe Feshi, s. 87.

olan güven ilişkisinin idamesi artık mümkün olmadığında işverene bu yönde bir hak tanınması gereklidir. Şüphenin objektif olgulara dayandırılmaması halinde zaten mahkemece gerçekleştirilecek denetimlerde feshin işveren açısından olumsuz sonuçları gündeme gelebilecektir.

IV. FESHE EGEMEN OLAN İLKELER ÖZELİNDE DEĞERLENDİRME

Söz konusu fesih türü çalışmamızda daha önce yer verilen olumsuz öngörü ilkesiyle de yakın bağlantı içerisindedir. Güven ilişkisinin zarar görmesine ve zedelenmesine yol açan şüphe konusu davranış ya da eylemlerin hâlihazırda işyeri düzenini olumsuz etkilemesinin yanı sıra, gelecekte de iş ilişkisini olumsuz etkileyeceği, çalışma huzurunu bozacağı düşüncesi bulunmaktadır⁹⁰².

Feshin son çare olması ilkesinin şüphe feshi açısından da uygulanması mümkün ve isabetli olarak görülmektedir⁹⁰³. Şüphenin ağırlığı, işçinin yaşı ve kıdemi ve işverende oluşan güven kaybı göz önünde bulundurulmak suretiyle tarafların menfaatleri tartılarak bir değerlendirme yapılmalıdır⁹⁰⁴. Bu doğrultuda söz konusu şüphenin giderilmesi makul bir süre içinde mümkünse işçinin geçici bir süreliğine işyerinden uzaklaştırılması, belli bir süre izin verilmesi, güven ilişkisinin eskisi kadar yoğun aranmayacağı başka bir pozisyonda çalıştırılması uygulanması mümkün tedbirler olarak ifade edilebilir.

⁹⁰² Aynı yönde bkz; Doğan, s. 1030; Evren, Şüphe Feshi, s. 46.

⁹⁰³ Kaplan, s. 986; Karapınar, s. 234.

⁹⁰⁴ Appel/Gerken, s. 202.

V. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE ŞÜPHE FESHİ

Şüphe feshi kavramı özellikle Alman öğretisinde gündeme gelen, kullanılan ve tartışma konusu olan bir kavram olmakla birlikte, Türk hukuku açısından çok eski bir kavram niteliğinde değildir⁹⁰⁵. Alman hukukunda “güven” olgusuna verilen önemin bir yansıması olarak kabul edilebilecek şüphe feshinin uygulaması 1934 tarihli bir İmparatorluk İş Mahkemesi (*Reichsarbeitsgericht*) kararına⁹⁰⁶ kadar geri gitmekle birlikte, diğer hukuk sistemlerinde çok rastlanmamaktadır⁹⁰⁷.

Alman Federal İş Mahkemesi de ilk olarak 1955 yılında verdiği bir kararda, şüphe feshini belli konumda bulunan ve diğer işçilere nazaran güven ilişkisinin daha fazla öne plana çıktığı işçiler açısından değerlendirmeye almıştır⁹⁰⁸. Ancak daha yakın tarihlerde bu bakış açısından vazgeçilmiş ve özel bir güven ilişkisi daha fazla ön plana çıksın ya da çıkmasın tüm işçiler açısından uygulanabilecek bir fesih türü olarak değerlendirmiştir⁹⁰⁹.

Fransız hukukunda yer alan ve belli olgular netleşene kadar iş sözleşmesine dair ücret ödeme gibi yükümlülükleri durduran “askı” halinin mevcudiyeti, işvereni şüphe feshinde yer alan risk unsurundan korumaktadır⁹¹⁰. İngiliz hukukunda da şüphe feshinin uygulanmasını engeller nitelikte bir hüküm bulunmasa da iş sözleşmesinin feshi esnasında işverene yüklenen soruşturma yükümlülüğü somut delillere ulaşılmasını gerekli kılmaktadır⁹¹¹.

⁹⁰⁵ Kavram Türk İş Hukukuna Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2007 yılında verdiği 16978/30923 sayılı kararı ile giriş yapmıştır (Erdoğan/Erdoğan, s. 468; Yılmaz, Huriye Hilal, s. 11); Kararın objektif olgularla desteklenemeyen bir şüpheye dayalı olarak verildiğine dair eleştiriler için bkz; Kaplan, s. 989.

⁹⁰⁶ RAG, Urteil vom 23. Juni 1934 - RAG 318/33 (LAG Köln), ARS Bd 21, s. 146.

⁹⁰⁷ Baysal, Şüphe Feshi, s. 85; Kaplan, s. 989.

⁹⁰⁸ BAG, 12.5.1955, 2 AZR 77/53, BAGE 2,1; Baysal, Şüphe Feshi, s. 85.

⁹⁰⁹ Baysal, Şüphe Feshi, s. 85.

⁹¹⁰ Kaplan, s. 989.

⁹¹¹ Kaplan, s. 989.

Kavram, öğretide AIHS m. 6'da ve Anayasanın 38'inci maddesi dördüncü fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesine, ispat yükü ve ölçüsüne dair temel ilkelere aykırılık teşkil ettiği sebebiyle eleştirilere de konu olmaktadır⁹¹². Nitekim şüphe feshinin işçi açısından damgalayıcı, lekeleyici bir etkisi de mevcuttur⁹¹³. Bu yöndeki görüşlerden birine göre şüphe, her ne kadar bazı olgularla gerekçelendirilse de kesin bir gerçeklik sunamaz, yalnızca bir sonuç çıkarımıdır⁹¹⁴. Bundan dolayı iş hukukunda gündeme gelen şüphe feshinin diğer hukuk alanlarında da geçerli olması pek muhtemel görünmemektedir⁹¹⁵. Bu doğrultuda Fransız Yargıtayı “şüpheden sanık yararlanır” (*in dubio pro reo*) ilkesinin bir yansıması olarak, objektif nedenler bulunsa dahi şüphe feshini kabul etmemektedir⁹¹⁶.

Alman yargısı da şüphe feshini oldukça katı şartlar dâhilinde değerlendirmektedir⁹¹⁷. Bir Alman Federal İş Mahkemesi kararında da şüphe feshinin yalnızca işverenin çıkarımlarına dayanması ve şüphenin yeterli dayanaktan yoksun olması halinde sosyal açıdan haklı bir fesih kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁹¹⁸.

VI. ŞÜPHE FESHİNİN NİTELİĞİ

Feshin niteliği konusu değerlendirildiğinde, öğretide farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre, şüphe feshi hem geçerli nedenle fesih hem de haklı nedenle fesih niteliğinde uygulanabilecektir⁹¹⁹. Ancak şüphenin derecesinin

⁹¹² Kaplan, s. 983; Erdoğan/Erdoğan, s. 469; Yılmaz, Huriye Hilal, s. 11.

⁹¹³ Naujok, s. 401.

⁹¹⁴ Appel/Gerken, s. 205.

⁹¹⁵ Naujok, s. 401.

⁹¹⁶ Yılmaz, Huriye Hilal, s. 11.

⁹¹⁷ Doğan Yenisey, s. 68.

⁹¹⁸ BAG, 11.04.1985, 2 AZR 239/84, DB 1986, 1726; Hanel, s. 262.

⁹¹⁹ Evren'e göre şüphe feshi ağırlıklı olarak geçerli nedene dayalı fesih olarak uygulanırsa da kusurun ağırlığına dayalı olarak haklı nedenle fesih de söz konusu olabilir (Evren, Şüphe Feshi, s. 43; Evren, s. 111).

feshin haklı nedene dayalı ya da geçerli nedene dayalı fesih olması noktasında bir ölçü olması durumu yoktur⁹²⁰. Diğer taraftan, ölçülülük ilkesi uyarınca, fesihte seçilen ve uygulanan yöntemin, takip edilen amaçla mukayese edildiğinde açıkça orantısız olmaması gerekir. Bir başka anlatımla müdahalenin ağırlığı ile onu haklı kılan nedenlerin önemi ve ağırlığı arasında bir tartım yapılması gereklidir.

Öğretideki diğer bir görüş ise şüphe feshinin haklı fesih niteliğinde olamayacağını ifade etmektedir. İlgili Yargıtay kararında⁹²¹ da “büyük ihtimal” olarak belirtilen husus, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden birisi olan suçsuzluk karinesinin burada esas alınmadığına işaret etmektedir. Bu çerçevede şüphe feshine konu olan davranış ya da eylem kesin ispatlanmış bir olgu olmadığı için, haklı nedenle fesih ya da işçinin davranışları kaynaklı geçerli nedenle feshin mümkün olmadığı bu görüş kapsamında ifade edilmektedir⁹²².

Yargıtay da diğer bir kararında benzer şekilde “*feshin şüphe feshi olması nedeniyle haklı neden ağırlığında olmadığı, feshin geçerli neden mahiyetinde olabileceği*” gerekçesiyle şüphe feshinin haklı fesih niteliğinde olmadığını kabul etmektedir⁹²³. Yargıtay’ın konuyu ölçülülük kapsamında ele aldığı ve bu yönde bir yaklaşımı benimsediği de görülmektedir⁹²⁴.

Bu kesin olmama olgusu, yani işçinin büyük ihtimalle söz konusu eylem ve ya davranışta bulunduğu düşüncesi feshin haklı nedene dayalı fesih yerine geçerli nedene dayalı bir fesih olarak dikkate alınmasına yol açmıştır. Kanaatimce de işçi tarafından

⁹²⁰ Doğan Yenisey, s. 69.

⁹²¹ Y22HD, T. 16.01.2017, E. 2017/746, K. 2017/34, www.legalbank.net, E.T: 20.08.2021.

⁹²² Aynı yönde bkz; Appel/Gerken, s. 205; Baysal, Şüphe Feshi, s. 91; Naujok, s. 398.

⁹²³ Y9HD, T. 30.09.2019, E. 2019/6369, K. 2019/16989, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T: 26.08.2021.

⁹²⁴ Y22HD, T. 23.01.2017, E. 2017/483, K. 2017/716, www.lexpera.com.tr, E.T:24.08.2021.

işlendiği kesin olmayan bir eylem ya da davranış sebebiyle haklı feshin ya da işçinin davranışları kaynaklı geçerli feshin meydana gelmesi mümkün değildir.

Nitekim işçinin söz konusu davranış ya da eylemde bulunduğu kesin ve somut olgularla ortaya konulmuş olsaydı, İş Kanunu m. 25/II’de düzenlenen “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kaynaklı haklı fesih ya da işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı fesih uygulama alanı bulmalıydı.

İşverenin işçiye duyduğu güven zedelendiği ve işverenden artık iş ilişkisine devam etmesi beklenemeyeceği için burada işçinin işe uygunluğunu yitirmesi söz konusu olmaktadır⁹²⁵. Dolayısıyla bu durumda işçi tarafından iş görme borcunun sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve işçinin işe uygunluğu açısından, işverenin duyduğu şüphe kaynaklı işçi temelinde bir yetersizlik meydana gelmektedir. Bu kapsamda işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesihten ziyade, işçinin yeterliliğine dayanan bir fesih söz konusu olmalıdır. Yargıtay da şüphe feshini “iş için işçinin uygunluğunun ortadan kalkmasına” dayanarak “işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü” şeklinde ele almaktadır⁹²⁶. Öğretide Baysal, Süzek ve Yılmaz’da güvenilirlik vasfının azalmasını mesleki bir yetersizlik olarak değerlendirmektedir⁹²⁷.

Farklı yönde bir görüş de işçinin söz konusu şüpheyeye dayanak oluşturan olaya kendisinin sebep olması halinde işçinin davranışlarına dayanan feshin, kendisiyle bağlantısı olmayan bir olaya dayanan şüphe halinde de yetersizlik kaynaklı feshin olması gerektiğini ifade etmektedir⁹²⁸. Öğreti de Yılmaz da feshin dayanak noktasının

⁹²⁵ Appel/Gerken, s. 205; Erdoğan/Erdoğan, s. 473.

⁹²⁶ Y22HD, T. 21.01.2019, E. 2018/16692, K. 2019/1412, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T: 26.08.2021. Aynı yönde bkz; Y22HD, T. 26.11.2018, E. 2018/11097, K. 2018/25472, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T: 26.08.2021.

⁹²⁷ Süzek, s. 583; Yılmaz, s. 13; Baysal, Şüphe Feshi, s. 86; Aynı yönde bkz; Deinert, s. 287.

⁹²⁸ Manav, s. 116; Öğretide Evren de şüphe feshini işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olarak ele almaktadır (Evren, Şüphe Feshi, s. 48).

somut olayın koşullarına bağlı olarak değişebileceğini ifade etmektedir⁹²⁹. Yukarıda da ifade ettiğim üzere, şüphe feshinin işçinin davranışları kaynaklı fesih olarak adlandırılabilmesi için ortada ispatlanmış bir olay olması gerektiği kanaatindeyim. Zaten ispatlanmış bir olaya dayanıldığı hallerde de artık gerçekleştirilecek fesih şüphe feshi olarak nitelendirilemeyecektir. Bu itibarla, şüphe feshinin işçinin yetersizliğine dayanan bir fesih olduğu kanaatini sürdürmekteyim.

§6. BASKI FESHİ

I. GENEL OLARAK

Baskı feshi, işverenin işçi hakkında iş sözleşmesini sonlandırma gibi bir düşünce içerisinde olmamasına rağmen, üçüncü kişilerin etkisinde kalması neticesinde belli bir işçinin iş sözleşmesini feshetmesidir⁹³⁰. Söz konusu üçüncü kişilerden kastedilen müşteriler, diğer işveren ve işçiler, tedarikçiler ve benzeri kişilerdir⁹³¹.

Kavram özellikle Alman hukukunda tartışılan ve gündeme gelen bir kavram olmakla birlikte, son yıllarda Türk hukukunda da yargı kararlarına konu olmaktadır. Ancak Türk hukukunda açık bir şekilde bu ifadenin ve fesih türünün kabul edildiği söylenemeyecektir⁹³². Yargı kararlarında geçen baskı feshinin de aşağıda da yer verilen gerçek baskı feshi ibarelerinin ise tanımlamadığı görülmektedir⁹³³.

⁹²⁹ Yılmaz, s.14.

⁹³⁰ **Urs Peter Janetz**: Chefsache Arbeitsrecht I: Individual-Arbeitsrecht - Leicht Erklärt, 1. Bs, Springer Gabler, Garmisch-Partenkirchen-2018, s. 146; Evren, s. 91; Jesgarzewski, s. 210.

⁹³¹ Janetz, s. 146; **Aslıhan Kayık Aydınalp**: “Baskı Feshine İlişkin Alman Federal İş Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD) (2018), C. 9, S. 2, s. 222.

⁹³² Kayık Aydınalp, s. 228.

⁹³³ “Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının 07.05.2005-23.06.2009 tarihleri arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile davalı işyerinde satış temsilcisi olarak çalıştığı, davacının 23.06.2009 tarihinden itibaren özel nedenler ve başka bir alanda kariyer yapacağından dolayı işten ayrılmak istediğine dair * istifa dilekçesi vererek işyerinden ayrıldığı, davacı asilin 11.12.2012 tarihli duruşmada alınan isticvap beyanı doğrultusunda davacının iş akdinin davalı işverenin zorlaması sebebiyle gerçekleştiği, baskı feshi nedeniyle iş akdinin sonlandığının anlaşıldığı, davacının iş akdini

II. BASKI FESHİNİN TÜRLERİ VE ŞARTLARI

Baskı feshinin, gerçek ve gerçek olmayan baskı feshi şeklinde iki çeşidi bulunmaktadır. Gerçek baskı feshinde, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi için herhangi bir geçerli neden mevcut olmamasına rağmen, işveren tamamen üçüncü kişilerin baskısı ve etkisi altında kalarak fesih yoluna gitmektedir⁹³⁴. İşveren üzerinde kurulan ve fesih yoluna gitmesini sağlayan baskı unsuruna örnek olarak ilgili işçi işten çıkarılmadığı takdirde önemli işçilerin işi bırakacağı⁹³⁵ ya da işi yavaşlatacakları yönünde tehditleri, önemli bir müşterinin bu yöndeki istek veya tehdidi⁹³⁶, siyasi bir kişiliğin ya da ihaleye konu işlerde ihaleyi üstlenen tarafın bu yöndeki talebi gösterilebilir⁹³⁷.

Diğer baskı feshi türü ise gerçek olmayan baskı feshidir. Bu fesih çeşidinde işverenin iş sözleşmesini feshetmek için geçerli bir nedeni vardır; ancak bu yola üçüncü kişilerden gördüğü baskı neticesinde başvurmaktadır⁹³⁸. Bu duruma örnek olarak da işçinin cinsel tacizine uğrayan başka bir işçinin, işverene tacizci işçinin işten çıkarılması için baskı yapması örnek gösterilebilir. Burada baskı unsuru esas nitelikte değildir, bir nevi itici, yönlendirici bir işlev üstlenmektedir.

şarta bağlı olarak feshetmesi sebebiyle feshin gerçek bir istifa beyanı ile yapılmadığı, feshe zorlama sebebiyle iş akdinin sonlandığı kanaatine varıldığı, davacının işyerindeki toplam kıdeminin 5 yıldan fazla olduğu bu kadar kıdemi bulunan bir işçinin durup dururken iş sözleşmesini feshetmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davalı iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatı hak kazanmayacak şekilde sona erdirildiğini ispatlayamadığı gerekçesiyle devanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.” Y7HD, T. 26.09.2013, E. 2013/7653, K. 2013/15567, www.legalbank.net, E.T: 28.08.2021.

⁹³⁴ Janetz, s. 147.

⁹³⁵ Kayık Aydınalp, s. 222.

⁹³⁶ İngiliz hukukunda da önemli bir müşteriden gelen baskının feshe dayanak oluşturabilecek bir neden olduğu öğretide ifade edilmektedir (Collins/Ewing/McColgan, s. 820).

⁹³⁷ Evren, s. 90; Janetz, s. 147; Jesgarzewski, s. 210.

⁹³⁸ Janetz, s. 14; Kayık Aydınalp, s. 220.

Konuya dair örnek bir Yargıtay kararında çağrı merkezinde görevli olan işçinin müşteri ile belirlenen standartların dışında yaptığı konuşma tarzı müşteri tarafından şikâyet edilmiş ve bunun üzerine fesih yoluna gidilmiştir⁹³⁹.

Baskı feshinin geçerli sayılabilmesi için sıkı şartlar öngörülmüş olup, yalnızca baskının uygulanması fesih için geçerli bir dayanak oluşturmamaktadır⁹⁴⁰. Öncelikli olarak işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde baskı feshini engellemek için gereken tüm çabayı gösterdiğini kanıtlaması gereklidir. Üçüncü kişilerden işverene yönelen ağır ve ciddi bir baskının mevcut olduğu açık olmasına rağmen işverenin bunu önlemek için yeterli gayreti göstermemesi feshi geçersiz kılan bir etkidir⁹⁴¹.

Baskı feshinin geçerliliği açısından sahip olması gereken diğer bir şart baskının objektif manada ciddi ve ağır olması, işletmenin önemli bir ekonomik tehditle karşılaşmasıdır. Baskı yalnızca bir şikâyet etme boyutunda olmamalı, işçinin işten çıkarılması yönünde bir baskı olmalıdır⁹⁴².

Baskı feshi ancak son çare niteliğinde değerlendirilmelidir. Feshin son çare olması ilkesi burada da geçerlilik bulur. İşveren öncelikle tarafları uzlaştırmaya çalışmalı, işçinin pozisyonunu ya da işyerini değiştirmeyi düşünmelidir. Ancak bunları denemesine imkân yoksa ya da denemesine rağmen bir gelişme sağlanamıyorsa ekonomik olumsuzluklardan kaçınmak adına baskı feshi işverence gündeme

⁹³⁹ “Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda ihtilaf mevcuttur. İşyerinde müşteri temsilcisi olarak çağrı alma işini yerine getiren davacının iş sözleşmesi, işverence çağrı karşılama işini zamanında yapmaması, mola sürelerini uzatması, müşteri ile işyeri düzenlemelerine aykırı konuşma şekli ile muhatap olması ve müşteri şikâyetine sebep olması sebepleriyle ve 4857 sayılı Kanun'un 25/II-h. maddesine dayanılarak feshedilmiştir. Davalı vekili tarafından, belirtilen durumlara ilişkin hata tespit tutanakları, davacının savunmasının alındığına ve çeşitli disiplin işlemleri yapıldığına dair belgeler sunulmuştur. Belirtilen delil durumu dikkate alındığında, sözleşmenin feshine sebep olarak gösterilen eylemlerin haklı fesih sebebi ağırlığında bulunmadığı, davalı feshinin ancak geçerli sebebe dayalı fesih niteliğinde olduğu açıktır.” Y22HD, T. 12.11.2015, E. 2014/17426, K. 2015/30779, www.legalbank.net, E.T: 28.08.2021.

⁹⁴⁰ Kayık Aydınalp, s. 221.

⁹⁴¹ Kayık Aydınalp, s. 221; Evren, s. 93.

⁹⁴² Evren, s. 92-93.

getirilebilir⁹⁴³. İşçinin iş sözleşmesinin feshine yol açan baskı unsurunun ortaya çıkışında işverenin herhangi bir etkisinin bulunması halinde ise işveren geçerli nedene dayalı fesih savunmasında bulunamayacaktır⁹⁴⁴.

III. BASKI FESHİNİN NİTELİĞİ

Gerçek olmayan baskı feshi işçinin yetersizliğine ya da davranışlarına dayalı olabileceği gibi, geçerli ya da haklı nedene dayalı fesih ağırlığında da olabilir. Yetersizliğin ya da davranışların ağırlığı ise geçerli/haklı neden ayrımında belirleyici unsurdur⁹⁴⁵.

Gerçek baskı feshinin hukuki niteliği ve Türk hukukunda kabul edilebilir olup olmadığı hususu ise tartışmalı durumdadır. Öğretideki bir görüşe göre gerçek baskı feshi işletme, işyeri ve işin gereklerine dayalı geçerli fesih niteliğinde olup, haklı fesih ağırlığında değerlendirilmesi mümkün değildir⁹⁴⁶. Ancak Alman Federal İş Mahkemesinin 1996 yılında verdiği bir kararda baskı feshinin işçinin kişiliğine dayalı bir fesih olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmiştir⁹⁴⁷. Söz konusu karara konu olan olayda işletmedeki işçiler otoriter yönetim tarzı ve liderlik eksikliği sergilediğini düşündükleri belli bir işçinin işten çıkarılması için işverene baskı uygulamaktadırlar. Kararda, eğer gerçek olmayan baskı feshi söz konusuysa işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir feshin, eğer gerçek baskı feshi söz konusuysa işletme gereklerine dayalı bir feshin söz konusu olacağı ifade edilmektedir.

⁹⁴³ Jesgarzewski, s. 210; Janetz, s.147; Kayık Aydınalp, s. 222; Baysal, s. 141.

⁹⁴⁴ Kayık Aydınalp, s. 223.

⁹⁴⁵ Kayık Aydınalp, s. 220.

⁹⁴⁶ Kayık Aydınalp, s. 221; Aynı yönde bkz; Evren, s.92.

⁹⁴⁷ BAG, 31.1.1996, 2 AZR 158/95, DB 1996, https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_158-95, E.T: 30.08.2021.

Kanaatimce işletme gereklerine dayalı bir feshin söz konusu olması için işletmedeki işgücünde bir fazlalığın oluşması gereklidir. Bu itibarla gerçek baskı feshinin işletme gereklerine dayalı bir fesih olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyim. Gerçek baskı feshi açısından ortada feshe dayanak oluşturan ve işçiye atfedilebilecek bir davranış mevcut değildir. Dolayısıyla işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı feshin ve haklı nedene dayalı feshin söz konusu olması da mümkün değildir.

Öğretide bu yönde farklı bir değerlendirme de Kılıçoğlu/Şenocak'tan gelmiştir. Bu görüşe göre gerçek baskı feshini, işçinin yeterliliğine dayalı bir fesih olarak ele almak mümkündür⁹⁴⁸. Her ne kadar burada doğrudan işçiye atfedilebilecek bir yetersizlik söz konusu değilse de üçüncü bir kişinin işveren üzerinde kurduğu ve feshi artık kaçınılmaz bir hale getiren baskı işçinin iş görme borcunu yerine getirmesine engel olmaktadır. Dolayısıyla bu durumu işçinin yetersizliği olarak değil ama iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik olarak değerlendirmek mümkündür.

İşverene uygulanan ağır ve ciddi nitelikteki baskı işyerinde mevcut olması gereken çalışma huzurunu bozmakta, işletmeyi önemli bir ekonomik tehditle karşı karşıya bırakmaktadır. Her ne kadar işçiden kaynaklanan bir fesih nedeni olmasa da işverenin işletmenin karşı karşıya olduğu ekonomik olumsuzluktan korumak adına böyle bir yola başvurması makul görünmektedir. Bu aşamada işveren ve işçi açısından bir menfaat değerlendirmesi gerçekleştirilmekte, işletmenin ekonomik geleceği göz önünde bulundurularak işçinin iş sözleşmesinin devamındaki çıkarları göz ardı edilmektedir.

⁹⁴⁸ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 114.

SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu'na göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi taahhüt ettiği, süreklilik arz eden belirli ya da belirsiz süreli bir sözleşmedir (m. 8/1). Taraflara karşılıklı borç yükleyen iş sözleşmesi; tarafların anlaşması (ikale), ölüm, belirli sürenin sona ermesi ya da fesih yoluyla sona ermektedir. Söz konusu sona erme hallerinden fesih, işçi ya da işverenin karşı tarafa yönelttiği tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal ya da belirli bir sürenin geçmesini takiben sonlandırdığı bir yoldur.

İş sözleşmelerinin feshi, bildirimli fesih ve bildirimsiz fesih şeklinde ikiye ayrılmakta olup, İş Kanunu m. 24 ve m. 25 uyarınca haklı nedenlerin varlığı halinde söz konusu olan bildirimsiz fesih iş sözleşmesini derhal sona erdirmektedir. Bildirimli fesih ya da süreli fesih ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen istisnai bir hal hariç kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olup, belli bir önel süresinin sonunda iş sözleşmesini sona erdirmektedir.

İş ilişkisinin sona ermesi, ücret gelirleriyle geçimini sağlayan işçiler açısından büyük güçlükler yaratabilir. Bu itibarla farklı hukuki kurumların yanı sıra İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesinin tarafları arasında belirli bir denge kurmayı sağlayan ve zayıf taraf olan işçiyi korumayı amaçlayan iş güvencesi sistemi olarak adlandırılacak hükümlere yer verilmiştir. Ancak yine Kanun'da öngörüldüğü üzere tüm işçiler iş güvencesi kapsamında sayılmamakta olup, kapsamda sayılmak için belirli şartların karşılanması gereklidir.

İş Kanunu m. 18'e 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 nedene dayanmak zorundadır. Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde çalışmamızın birinci bölümünde, geçerli neden kavramı, yabancı hukuk sistemlerindeki görünümü, haklı neden kavramı ile arasındaki farklar ve geçerli nedene dayalı feshe egemen olan ilkeler incelenmiştir.

Bildirimli fesih yoluna başvurulması için dayanılması gerekli geçerli neden kavramı Kanun'da net bir şekilde somutlaştırılmamış olup, söz konusu kavramı ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde sözleşmenin derhal sonlandırılmasını gerektirecek bir ağırlıkta değerlendirilmeyen, ancak işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde işyerindeki çalışma düzenini olumsuz yönde etkileyecek nedenler olarak tanımlamak mümkündür.

Bu geçerli neden yargı kararlarında da ifade edildiği üzere açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir. Sadece kanun maddesinin belirtilmesi suretiyle ya da “*Görülen lüzum üzerine*”, “*İşyerinde düzenin ya da huzurun sağlanması*” gibi soyut ifadelere dayanılarak gerçekleştirilen fesihler geçerli fesih teşkil etmemektedir.

Yabancı hukuk sistemleri ele alındığında da benzer yönde düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Fransız hukukundaki düzenlemede, geçerli neden kavramı ile benzer doğrultuda “gerçek ve ciddi neden” (*cause réelle et sérieuse*) şeklinde bir nitelendirme yer almaktadır. İspanyol hukukunda “objektif sebeplerle fesih” (*extinción del contrato por causas objetivas*), Alman hukukunda da “sosyal bakımdan geçerli neden” kavramları bulunmaktadır. İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemleri bir kenara bırakıldığında yabancı hukuk sistemlerinin Türk hukuk sistemi ile benzeştiği görülmektedir. İsviçre ve ABD örneğinde de hakkın kötüye kullanımının engellenmesi ve toplu sözleşme hükümleri ile işçinin korunmasına yönelik düzenleme yapılabilmesi imkânı mevcuttur.

Yukarıda ifade edilen haklı nedene dayalı fesih kavramı ile geçerli nedene dayalı fesih arasındaki fark, nedenlerin yoğunluk derecesi ve taraflar arasında bulunduğu kabul edilen güven ilişkisine etkisiyle açıklanabilir. Haklı fesih söz konusu olduğunda taraflar arasında güven ilişkisi temelinden sarsılarak çökmekteyken, geçerli fesihte her ne kadar zarar görse de zamanla onarılabilecek bir güven ilişkisi söz konusudur. Davranışın ağırlığı, kusur derecesi ve bunun iş ilişkisine ne şekilde tesir ettiği, zarar meydana gelmişse zararın çeşidi ve yüksekliği de ayırım esnasında dikkate alınmalıdır. Haklı nedenler ağırlık ya da yoğunluk seviyesi olarak geçerli nedenlere göre daha üst seviyede bulunmaktadır. Alman hukukuna göre de her iki kavram arasında ayırt edici kriter beklenmezlik unsurudur.

Haklı ya da geçerli nedenlerin hepsi Kanun'da düzenlenmemiştir. Söz konusu nedenlerin hepsinin tek tek düzenlenmesi de mümkün ve mantıklı olmayıp, bu yönde bir ihtiyaç da bulunmamaktadır. Dolayısıyla her olayın kendi koşulları içerisinde hâkim tarafından değerlendirilmesi gereklidir.

Haklı neden ve geçerli nedene dair öğretide ele alınan hususlardan bir diğeri de geçerli neden kavramının haklı neden yerine ikame edilip edilemeyeceğidir. Öğretide bu yönde farklı yönde görüşler bulunsa da kanaatimizce söz konusu ikame mümkün değildir. Nitekim bu yönde bir duruşun benimsenmesi, işverenlerin söz konusu fesih hakkını suiistimal etmesine imkân tanıyacak ve bu durum da Kanun'un benimsemiş olduğu iş güvencesi anlayışına ters düşecektir.

Geçerli nedene dayalı feshin uygulanması esnasında öğretide ve içtihatla geliştirilen ve feshin geçerliliği için uyulması beklenen bazı ilkeler mevcuttur. Söz konusu ilkeler sistematik olarak belirli bir yerde mevcut olmamakla birlikte, uygulama esnasında dayanak bularak geliştirilmişlerdir ve iş güvencesi kapsamında işçinin feshe

karşı korunması açısından belli normların yorumlanmasında tamamlayıcı bir işlev üstlenmektedirler.

Söz konusu ilkeleri; ölçülülük ilkesi, feshin son çare olması ilkesi (*ultima ratio*), sosyal seçim (objektif seçim kriteri) ilkesi, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, olumsuz öngörü ilkesi ve eşit işlem ilkesi şeklinde sıralamak mümkündür.

İş hukuku açısından ele alındığında feshin son çare olması ilkesi, işverenin fesih işlemine başvurmadan önce, iş ilişkisinin devamını sağlayabilecek ve daha hafif nitelikte mümkün olan tüm tedbirleri denemesi anlamına gelmektedir. İş sözleşmesinin süreklilik ve sürdürülebilirliğini tesis etmek amacıyla ortaya çıkmış bir ilke olan feshin son çare olması ilkesi, zayıf taraf konumunda olan işçinin korunması açısından da büyük önemi haizdir. Fesih ancak iş sözleşmesinin sürekliliği ve devamı açısından uygulanabilecek başka bir tedbir kalmamışsa hukuka uygun olarak addedilmektedir.

İşverenin fesih yoluna gitmeden önce uygulayabileceği tedbirleri, tahdidi olarak ele almak mümkün olmayıp, somut olayın koşullarına göre başvurulabilecek tüm yolları bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Örneğin işçiye fesih yoluna başvurulmadan önce eğitim verilmesi özelinde alınabilecek tüm tedbirler açısından, işçinin eğitim neticesinde gerekli verim ve seviyeye ulaşabileceği noktada işverende haklı bir beklentinin oluşması da gerekmektedir. Söz konusu tedbirlerin işverene maliyeti de bu beklentinin oluşumu açısından önem arz etmektedir. Uygulanabilir tüm tedbirleri, bu konuda yasal herhangi bir ölçüt belirlenmediğinden ötürü dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlamak doğru olacaktır.

Bununla birlikte, fesih karşısında özellikle işçi tarafı açısından iş güvencesinin önemli bir ayağı olan feshin son çare olması ilkesinin, herhangi bir sınırı bulunmadığı

söylenemez ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin ölçülü bir şekilde kurulmasını gerektirir. İş Kanunu m. 19'un gerekçesinde yer alan ancak kanun metninde bulunmayan ilkenin, pozitif hukukta yer almamasından ötürü uygulanamayacağını ifade eden görüşler bulursa da, nispeten soyut yöntemi benimsemiş bulunan bir hukuk sisteminde, böyle bir durum olağan dışı karşılanmamalıdır.

Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, iş ilişkisinin sürdürülmesi açısından birbirinden farklı menfaatlere sahip işçi ve işveren tarafının menfaatlerinin hâkim tarafından somut olay koşulları çerçevesinde bir terazide tartılması ve menfaatleri daha ağır nitelikte olan tarafa öncelik verilmesini ifade etmektedir. Menfaatleri birbiriyle karşılaştırdığımızda her iki menfaate özgü ortak bir değer ölçüsüne ihtiyaç olup, sosyal adalet kavramını temel almak akla uygundur. İşçi ve işveren tarafının her ikisinin de menfaatleri somut olayda zarar görebilecek nitelikte olsa da daha fazla zarar göreceği düşünülen menfaatin korunmasında sosyal adalet açısından fayda mevcuttur.

Menfaatlerin tartım işlemi gerçekleştirilirken tüm uyuşmazlıklarda aynı sonuçlara ulaşılabilecek sabit kriterlerden bahsedebilmek söz konusu değildir. İşverenin iş ilişkisini sona erdirmek, işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerinin tartılmasında işverenin menfaatleri işçininkine oranla daha ağır basmalıdır. Bu hususta genel bir ölçü vermek mümkün değildir. Somut olayın özellikleri dikkate alınmalı ve bu yönde bir inceleme yapılmalıdır.

Söz konusu ilke açık ve net bir şekilde öğretimizde yer almayan, ancak özellikle ölçülülük ilkesi çerçevesinde değinilen bir ilke niteliğindedir. Özellikle tartımı yapılacak menfaatlerin açık bir şekilde ortaya konulamaması hâkimin bu değerlendirmeyi gerçekleştirirken üzerine düşen yükü artırmaktadır. Bununla birlikte, özellikle işten çıkarma yaptırımını uygulanırken söz konusu olan yaptırımın hangi

tarafın menfaatine daha fazla katkı sağlayacağını değerlendirilmesinin sosyal adalet kavramının sağlanması açısından uygun olacağı düşünülmektedir. İşten çıkarma kararını, işçi ve işverenin mevcut durumları göz önüne alınarak bir terazi çerçevesinde değerlendirmek fesih işlemini daha sağlam bir zemine oturtacaktır.

Olumsuz öngörü ilkesi (*negativprognose prinzip*), Türk hukuk sisteminde açıkça düzenlenmiş bir ilke olmamakla birlikte, birçok yargı kararında değinilmiş ve öğretide dikkate alınan bir ilkedir. İlke, herhangi bir uyuşmazlık hakkında karar verme safhasında geleceğe dair bir fikir yürütürken geçmişte yaşananların dikkate alınmasını önermektedir ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde ölçülülük ilkesinin bir yansıması olarak ifade edilmektedir. Bu noktada öngörü ya da tahmin faaliyeti geçmişteki durumu inceleyerek geleceğe yönelik değerlendirme imkânı tanır. Nitekim her fesih işlemi, iş ilişkisinin sürdürülemeyeceğine ilişkin geleceğe yönelik bir olumsuz öngörüü içinde barındırmaktadır.

Fesih işleminin haklı ya da geçerli bir fesih olup olmadığına ilişkin değerlendirme yalnızca geçmişte meydana gelen olayların dikkate alınmasından ibaret değildir. İş ilişkisinin zedelenmesinin geleceğe de olumsuz bir yansımasının olacağına dair bir değerlendirme gereklidir. Yargıtay'ın benzer yönde bir kararında da, “*işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir*” ifadesi kullanılmıştır. Bu gerekliliğin sebebi, iş sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmesidir. Geçmişte yaşanan ciddi nitelikte zedelenmeler, geleceğe dair güçlü bir öngörü sunar.

Kanaatimce, “kesin” nitelikte bir etki yerine “kesine yakın”, “olması pek muhtemel” bir etkiyi kabul etmek daha uygundur. İşçinin gelecekte ne yönde davranacağına dair kesin bir yargıya varmak mümkün değildir.

İşveren geleceğe yönelik öngöründe bulunurken tamamen kendi subjektif yargılarına dayanarak hükümde bulunamaz. Söz konusu öngörüsü objektif esaslar çerçevesinde şekillenmelidir. Bu öngörüü gerçekleştirirken esas alınması gereken zaman dilimi ise iş sözleşmesinin feshedildiği andır. Fesih anından sonra gerçekleşen olayların işverenin öngörüsünü hatalı çıkarmış olması, feshin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmayacaktır.

Olumsuz öngörü ilkesi ile işçinin iş ilişkisinin sonlandırılarak bir yaptırıma tabi tutulması değil, gelecekte işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verebilecek hususların önlenmesi amaçlanmaktadır. İlkenin uygulaması, pozitif hukukta terim olarak dayanağı olmasa da dürüstlük kuralı ve iş güvencesi sistemi ile uyumlu görünmektedir. İctihatlar vasıtasıyla hukuk sistemimizde yer bulan ilke feshin geçerliliği ve hukukiliğinin yanı sıra, işçi ve işveren arasındaki dengenin sağlanması açısından fayda sağlayabilecektir.

Ölçülülük ilkesi, bir amacı gerçekleştirmek için kullanımına başvuru alan aracın uygun olmasını (elverişliliğini), gerekli olmasını ve amaç ile araç arasında orantılılık kurulmasını öngören bir ilkedir. İlke, işverenin fesih hakkına amacına uygun bir şekilde başvurmasını öngörmekte ve bu yönüyle hakkın kötüye kullanımını da önleme işlevi üstlenmektedir.

Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade

etmektedir⁹⁴⁹. Fesih işleminin ölçülülük ilkesi çerçevesinde olup olmadığının denetimi öncelikli olarak işverenin meşru bir amacı takip etmesini gerektirir. Fesih işlemi esnasında işverenin varmak istediği amaç ile kullanılan araç arasında denge bulunup bulunmadığı, daha elverişli ve hafif nitelikte bir tedbirin mevcut olup olmadığı ölçülülük denetiminin ana hatlarını oluşturur.

Her ne kadar iş mevzuatımızda ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmemiş olsa da bu durumun ilkenin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği öğretide savunulmaktadır. Ayrıca İş Kanunu m. 18 gerekçesinde kullanılan “*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.*” ifadelerinin de *ultima ratio* ve bağlantılı olarak ölçülülük ilkesine işaret ettiği düşünülmektedir.

Ancak ilkenin uygulanmasına ilişkin birçok eleştiri de mevcuttur. Bunlardan birine göre orantılılık denetimi kapsamında bir tartım işlemi gerçekleştirilirken, nelerin ölçüldüğünün (menfaatler, haklar vb.), hangi ölçü sistemine dayalı olarak nasıl ölçüldüğünün ya da kim tarafından ölçüldüğünün ve kim tarafından ölçülmesi gerektiğinin (hâkimler ya da kanun koyucu) belli olmaması hukuki açıklık ve güvenlik açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.

⁹⁴⁹ “Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.” AYM, T. 18.10.2007, E. 2007/4, K. 2007/81, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071208-9.htm>, E.T: 04.12.2021; AYM, T. 05.05.2016, E. 2016/16, K. 2016/37, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160531-7.pdf>, E.T: 31.05.2021; Aynı yönde bkz; Rumpf, s. 29; Oğurlu, Ölçülülük, s. 136; Hatipoğlu, s. 193; İngiliz öğretisinde amacın meşruiyetinin de bu ilkelerden olduğu ve denetimin ilk aşamasını oluşturduğu ifade edilmektedir (Rivers, s. 181).

Kanaatimizce, ilkenin açık bir pozitif dayanağı bulunmasa dahi yargı makamlarınca dikkate alınması, yukarıda yapılan açıklamalar ve Anayasa ilke ve kurallarının kişiler arasındaki ilişkilerde de uygulama alanı bulacağı yöndeki kabul doğrultusunda bir sorun teşkil etmemektedir.

Eşit işlem ilkesi (*Gleichbehandlungsprinzip*), yalnızca iş hukukuna özgü olmayan ve hukukun neredeyse tüm alanlarında temel teşkil eden bir ilkedir. Bu ilkenin temelinde adalet düşüncesi vardır. İşveren söz konusu ilke kapsamında işyerinde çalışan ve aynı durumda bulunan çalışanlarına eşit davranmalı, aralarında keyfi bir ayrıma başvurmamalıdır.

Öğretide farklı yönde görüşler bulunmakta olup, ilkenin iş sözleşmesinin feshi esnasında da uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre işveren, ancak haklı nedenler mevcutsa ya da “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kıldıkça” işçilere farklı nitelikte uygulamalarda bulunabilecektir.

Bu görüş kapsamında fesihle eşit işlem ilkesinin uygulanması için; taraflar arasında bir iş ilişkisinin mevcudiyeti, işyeri açısından birlik olması yani aynı işyerinde çalışılması, işyerinde birden fazla işçinin çalışıyor olması ve bunlar arasında karşılaştırılabilir nitelikte olanlar üzerinde kolektif nitelikte bir uygulamaya gidilmesi, uygulamanın söz konusu işçiler için aynı zaman diliminde gerçekleşmesi ve uygulamanın bir ya da bir kısım işçinin aleyhine olması gereklidir. Tek bir işçinin feshinin söz konusu olduğu hallerde eşit davranma borcundan bahsedilmesi mümkün değildir.

Kaynağını uluslararası düzenlemelerin yanı sıra, Anayasa ve İş Kanunu’ndan alan iş hukukundaki eşitlik ilkesi, kanaatimizce iş sözleşmesinin feshinde mutlak nitelikte uygulanmamalıdır. İşverenin fesih esnasında karşılaştırılabilir nitelikte işçiler

arasında belli kriterlere uygun hareket etmesi ve haklı nedenler çerçevesinde kararlar vermesi eşitlik ilkesi kapsamında uygun olmakla birlikte, birbirine yakın nitelikte olan işçiler arasında bir tercih özgürlüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Hakkın kötüye kullanımını aşırılık oluşturmadıkça ve fesih mutlak ayrımcılık sebeplerine dayanmadıkça, işverenin işi yönetme ve işyerindeki düzeni tesis etmesi açısından hangi işçilerin sözleşmelerinin feshedileceği noktasında belli bir karar marjının bulunması gereklidir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler incelenmektedir. Bu kapsamda öncelikli olarak işçinin yetersizliği kavramı açıklanmaya çalışılmıştır.

Söz konusu yetersizlik halini işçinin o görevi gereği gibi icra etmesi için gerekli bedensel, ruhsal veya zihinsel yeterlilikten yoksunluk ve o işi icra etmek için gerekli lisans, belge, ehliyet ve benzerinin eksikliği olarak tanımlamak da mümkündür. İşçinin yetersizliği neticesinde, iş sözleşmesinde taraflar arasında mevcut karşı edim ilişkisi işveren aleyhine bozulmaktadır. Hatta bu dengenin belli bir seviyenin üzerinde bozulması İş Kanunu m. 25'te haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu noktada somut bir ölçü bulunmamakta olup, baz alınacak kriter, işçinin yetersizliğine ilişkin koşulların artık işverenden iş sözleşmesine devam etmesinin beklenmeyecek seviyeye ulaşıp ulaşmadığıdır.

Öğretide bu noktada bir eşik değer tespit edilmesine yönelik görüşler de mevcuttur. Söz konusu oranların kesin ve genel geçer bir kural olarak her olaya tatbik edilmemesi gerektiğini düşünmekle birlikte, uygulamaya yön vermesi ve fikir vermesi açısından böyle bir değerın temel alınmasının uygun olduğu kanaatindeyim.

Söz konusu fesih nedeninin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesihten ayrıştırılması ise öğretide çoğunlukla irade kavramı üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bu görüşe göre işçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan fesihte, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilememektedir. Dolayısıyla işçinin davranışlarına dayalı fesihlerde “kusur” unsurunun bulunduğu kabul edilebilir. Yetersizlikte ise işçinin herhangi bir kusuru olmasa dahi, kendisinde bulunan yetersizlik hali geçerli nedenle fesih sebebi oluşturmaktadır.

İşçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih nedeni oluşturabilecek bazı haller, örnek niteliğinde İş Kanunu m. 18’in gerekçesinde sayılmış olsa da, belirtildiği üzere bu sayım tahdidi nitelikte değildir.

İşçinin fiziki yetersizliği, işçinin bedeninde sözleşmenin başından itibaren mevcut olan ya da zamanla meydana gelen bazı eksiklik ya da kusurlardan dolayı iş sözleşmesinin gerektirdiği yükümlülüklerin yerine getirilememesi durumunu ifade eder. İşçinin fiziki yetersizliğini ise işçinin hastalığı ve işçinin yaşlılığı şeklinde incelemek mümkündür.

İşçinin yetersizliği açısından bir inceleme yapıldığında, mahkeme kararlarına en fazla konu olan hususlardan birisinin işçinin hastalığı olduğu görülmektedir. İş Kanunu m. 18 gerekçesinde de, “sık sık hastalanma” ve “çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık” bu duruma örnek olarak gösterilmektedir. Bu noktada hastalığın kendisinden ya da nasıl ortaya çıktığından ziyade, hastalığın iş görme borcu üzerindeki etkisi dikkate alınmaktadır. İş görme borcunun üzerinde herhangi bir etki meydana

getirmeyen hastalık sebebiyle iş sözleşmesinin feshi hukuka uygun bir sebep teşkil etmemektedir.

Hastalığın fesih açısından geçerli bir neden teşkil edip etmediği noktasında incelenmesi gerekli hususlardan birisi, İş Kanunu m. 25'te öngörülen sürelerle ulaşmayan devamsızlıkların hangi hallerde geçerli neden teşkil edeceğidir.

Kanaatimizce de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere hastalık kaynaklı nedenlerin geçerli fesih nedeni teşkil etmesi için İş Kanunu m. 25/1'de ifade edilen bildirim süresi artı altı hafta şeklindeki sürenin aranmaması gereklidir. Nitekim geçerli nedenlerin haklı nedenlerden temel farkı, haklı neden kadar ağır ve yoğun olmamalarıdır. Haklı neden için geçerli olan şartın, geçerli neden için de aranması mantık çerçevesinde uygun değildir. Geçerli nedenler açısından doldurulması gereken sürenin uzunluğu, işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığından hareketle somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından objektif ölçütlere göre belirlenmelidir.

Ancak bu konuda İş Kanunu m. 18/3'te yer alan düzenlemenin lafzı karşısında değinilen yönde bir yoruma gidilmesi olanaklı görünmemektedir. Dolayısıyla mevcut düzenlemelerimiz uyarınca haklı fesih için öngörülen süre, geçerli fesih açısından da geçerlidir. Düzenleme iş hukuku mevzuatında düzenlenen iş güvencesi sistemiyle tam olarak bir uyum içinde olmasa da maddenin lafzı yorum yapmaya müsaade etmemektedir.

İşçinin hastalığı nedeniyle devamsızlığının bir seferde İş Kanunu m. 25 kapsamında haklı feshi gerektirecek düzeyde devamsızlığa yol açmamakla birlikte, bunu sık sık tekrarlaması ve işyerinde işin görülmesine olumsuz tesirde bulunması da geçerli bir fesih nedenidir. Sık sık hastalanmanın geçerli neden oluşturması için aranan bazı şartlar bulunmaktadır.

Bu şartlardan birincisi, işçinin sık sık hastalanmasının devamsızlığa sebebiyet vermesi ve bu şekilde işyerinde gerek ekonomik gerekse organizasyonel açıdan sorunlar yaratmasıdır. İş Kanunu m.18/3-f'de hastalık sebebiyle devamsızlığın geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı ifade edilmiş olsa da burada söz konusu olan yalnızca bir hastalık değil, birden çok hastalık halidir.

İşçinin sık sık hastalanmasının geçerli bir neden oluşturabilmesinin diğer bir şartı, çalışmamızda daha önce de ifade edildiği üzere olumsuz öngörü ilkesi (*negativprognose*) çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasıdır. Alman öğretisinde de feshin hukuka uygun olması için olumsuz bir sağlık öngörüsünün bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Bu değerlendirme esnasında hastalık kaynaklı devamsızlıkların süresi ve tekrarlanma sıklığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada Yargıtay'ın işçinin kıdemini de dikkate alan kararlar verdiği görülmektedir.

İşin ifasını devamlı olarak etkileyen hastalık kavramı da İş Kanunu m.18'in gerekçesinde belirtilmektedir. Bu durum, işçinin çalışmaya devam ettiği ancak icra ettiği işin gereklerini yerine getirmesini engelleyen hastalıkları ifade etmektedir. Alman hukukunda işçinin görme yetisinde azalma, hareket yetisinde kalıcı bozukluklar gibi süreklilik arz edebilecek sağlık problemlerinin geçerli fesih nedeni teşkil edebileceği belirtilmektedir. Söz konusu hastalığın işçiyi çalışamaz hale getirmesi durumunda ise m. 25 kapsamında öngörülen haklı fesih söz konusu olmaktadır. Bu eksikliğin ya da yetersizliğin tolere edilebilir bir seviyede olması halinde söz konusu hastalığın geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı düşünülmektedir.

AIDS hastalığı da işin ifasını devamlı etkileyen hastalık kapsamında değerlendirilebilecektir. AIDS hastalığı, cinsel ilişki, kan ve kan ürünlerinin nakli ve hamilelik esnasında anneden bebeğe geçme şeklinde bulaşabilmektedir. Ancak söz konusu hastalığın el sıkışma, kucaklaşma ya da hava yoluyla bulaşma gibi bir durumu

yoktur. AIDS hastalığının sosyal hayatta bulaşma ihtimali oldukça düşük olmasına rağmen, toplumun çoğunda bu sendroma sahip olduğu bilinen kişilerle birlikte çalışma hususunda tedirginlik bulunmaktadır.

AIDS, HIV (*Human Immunodeficiency Virus - İnsan Bağışıklık Yetmezlik Virüsü*) enfeksiyonunun ileri bir safhası olup, kişinin işini gereği gibi yapmasını engelleyecek bir noktaya varmadığı ve başka bir kişiye bulaşma ihtimalinin yüksek olduğu değerlendirilen bir işyeri olmadığı sürece yetersizliğe dayalı bir geçerli neden söz konusu olmamalıdır. AYM kararına konu olan bir uyuşmazlıkta ifade edildiği üzere ise hastane gibi işyeri ortamları, söz konusu bulaşma riskinin mevcut olduğu yerler olarak değerlendirildiği için geçerli neden söz konusu olabilecektir.

AIDS hastalığının işçinin sık sık hastalanmasına sebebiyet vermesi ve bu sürecin de işyerinde devamsızlığa yol açması durumunda geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir. Ancak feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde işçinin farklı pozisyonlarda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı göz önünde tutulmalı, tarafların çıkarları arasında bir denge kurulmalıdır.

İşçinin fiziki yetersizliği noktasında ele alınması gereken bir diğer husus da yaşın ilerlemesi neticesinde bedeni olarak yaşayabileceği gerilemedir. Türk hukukunda işçilerin azami çalışma yaşı çerçevesinde herhangi bir sınır bulunmadığı gibi, işçinin belli bir yaşa gelmesi ya da emeklilik hakkı kazanması da fesih için geçerli bir neden teşkil etmez. Nitekim belli bir yaşın doldurulması iş sözleşmelerini belirli süreli bir hale getirmedeği gibi, bozucu şarta bağlı bir sözleşmeye de dönüştürmemektedir.

Bununla birlikte, İş Kanunu'nun gerekçesinde yetersizliğe ilişkin açıklamalarda somut bir şekilde yer verilmese de işçinin yaşlılığı performans ve verim düşüklüğüne sebebiyet verebilmektedir. Yaşlanma doğrudan geçerli fesih sebebi teşkil etmemekle

birlikte, yaşlılığın etkisi kişiden kişiye değişmekte ve bazılarında performans ve verim düşüklüğü yaşanması oldukça muhtemel bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşlanmanın ya da emekliliği hak edecek belli bir yaşa gelmenin işçinin performansında bir düşüklüğe yol açtığı, dikkat seviyesini azalttığı, işin ve işyerinin işleyişinde olumsuz etki yarattığı ortaya konulabilirse fesih için geçerli neden söz konusu olabilir.

Yargıtay kararlarında da emekliliğe hak kazanma durumunun işyeri personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmelerinde geçerli fesih nedeni oluşturacağına düzenlenmesi ve bu düzenlemenin genel ve objektif olarak uygulanması halinde feshin geçerli nedene dayalı bir fesih teşkil edeceği ifade edilmiştir. Yargıtay bu uygulamaların tutarlı bir şekilde gerçekleştirilmesini ise geçerlilik şartı olarak değerlendirmektedir. Öğretide fesih açısından yalnızca yaşı bir ölçüt olarak belirlendiği hallerde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde görüşler olmakla birlikte, işletmesel bir karar çerçevesinde yapılacak işten çıkarmalarda, maddi bakımdan daha az etkilenecek olanların seçilmesinin akla ve adalete uygun olduğu da ifade edilmektedir.

Aksi yönde bir görüşe göre de İş Kanunu m. 18/1'de yer verilen fesih nedenleri emredici nitelikte olup, söz konusu düzenlemelerin işçinin aleyhine olacak şekilde bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri iç yönetmelikleri ile değiştirilmeleri mümkün değildir. Bu tür kayıtların kabul edilmesi iş güvencesi hükümlerinin dolanılması neticesini doğuracaktır. Kanaatimce işletmesel bir karar neticesinde yapılacak işten çıkarmalarda, söz konusu fesihten en az etkileneceklerin seçilmesi yönündeki bir düşünceyi işçinin aleyhine olarak algılamak yanlış bir tutum olacaktır. Diğer bir deyişle Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere bu yönde bir

kriterin tutarlı bir şekilde uygulanması halinde geçerli fesih nedeni olarak tespiti daha isabetli görünmektedir.

Mesleki yetersizlik ise işçinin fiziki yeterliliği ile bağı olmaksızın, icra edilen işin gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli olan yeterliliğe sahip olunamaması durumudur ve bir geçerli fesih nedenidir.

Mesleki yetersizliğin, işveren ya da diğer dış faktörlerden bağımsız bir şekilde işçinin kendisinde bulunan ve kaynağı işçinin kendisi olan bir yetersizlik olması gereklidir. Yargıtay da yakın tarihlerde vermiş olduğu bir kararında, işçinin kontrolü dışında olan etkenler sebebiyle yetersiz addedilemeyeceğine hükmetmiştir.

İş Kanunu m. 18 gerekçesinde sayılan örneklerden ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma; işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği mesleki yetersizlik teşkil edebilecek haller olup, gerekçede sayılan söz konusu haller tahdidi nitelikte değildir. Sayılan sebepler arasında mesleki yetersizlik teşkil eden başlıca sebep ise performans düşüklüğüdür.

Performans, verimliliğin ölçülmesi, “*işçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi*” olarak tanımlanmaktadır. İşçinin çalışmakta olduğu işin gerekliliklerini yerine getirmesi için belli eğitime, diploma, sertifika gibi belgelere sahip olması gerekebilmekle birlikte, söz konusu donanım işin verimli bir şekilde yürütülmesi için yeterli değildir. Bunun yanında işçinin işin gereklerine uygun bir şekilde verimli bir şekilde çalışması ve performans sunması gerekmektedir. İşçinin gösterdiği performansın, sebebi ne olursa olsun işin gereklilikleri için yeterli seviyede olmaması halinde, bu yetersizliğin hangi koşullarda ve hangi seviyede geçersiz feshe dayanak teşkil edeceğinin tespiti önemli bir konudur.

Performansa dair iş sözleşmesinde herhangi bir belirleme olmaması halinde, işverenin talimatları, yani işverenin yönetim hakkı belirleyici olacaktır.

İşçinin performans düşüklüğünün ortaya konulması açısından farklı yöntemler mevcut olup, performans değerlendirme sistemleri bunlar içinde en önemli konumdadır. Türk hukukunda geçerli nedenle fesih açısından ne tür ölçütlerin performans değerlendirmesinde benimsenmesi gerektiği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Objektif ölçütlerin tercih edilmesi gerektiğini savunan görüşlere göre, işverenin subjektif değerlendirmelerine performans sisteminde verilen yer arttıkça, söz konusu sistemin ispat gücü ve inandırıcılığı azalmaktadır. Bu doğrultuda işçinin performansının emsal nitelikte karşılaştırılabilir işçilerin ortalama düzeyi esas alınarak değerlendirilmesi gereklidir. Subjektif ölçütler ise işçinin iş görme borcunun düzeyinin işçinin fikri ve bedeni yeterliliği esas alınarak belirlenmesini ifade eder. Söz konusu ölçütlerin karma bir şekilde uygulanması gerektiğine yönelik görüşler de mevcuttur.

Yetersizlik kaynaklı fesihlerde belirleyici nitelikte olan işçinin kusurundan ziyade taraflar arasındaki karşılıklı menfaatlerin dengesinin bozulmasıdır. Dolayısıyla objektif ölçütlere dayanılarak belli bir performans düzeyinin belirlenmesi önemli bir gereksinimdir. Her ne kadar ortalama verimi esas alan objektif ölçütler belirlenmiş olsa da, özellikle fesih esnasında bu ortalamadan sapmanın nedenleri subjektif boyutta ele alınmalıdır. Yargıtay'ın da kararlarında ifade edildiği üzere, performans ölçütlerinin işyerine özel olarak hazırlanması ve işçinin kişisel durumunun da performans değerlendirmelerinde dikkate alınması gereklidir. Dolayısıyla bu durum da bizleri karma bir ölçütün esas alınmasına yöneltmektedir. Bu noktada gerek objektif gerek subjektif ölçütlerin doğru ve planlı bir şekilde gerçekleştirilmesi feshin geçerliliği denetiminde büyük öneme sahiptir.

İşçinin performans düşüklüğünün ortaya konulması açısından farklı yöntemler mevcut olup, performans değerlendirme sistemleri bunlar içinde en önemli konumdadır. Yargıtay da performansa dayanan feshe ilişkin geçerlilik denetimlerini çoğunlukla performans değerlendirme sistemleri üzerinden gerçekleştirmektedir.

Performans değerlendirmesi, gelecekteki bir sürece dair belirlenen hedeflere ulaşılması maksadıyla, belirli standartlar çerçevesinde çalışanların performanslarının kıyaslanması ve değerlendirilmesidir. Bu süreç ile hedeflenen çalışanlar içinde en düşük performans gösterenlerin işten çıkarılması değil, aksine iş sözleşmesinde sürekliliğin tesis edilmesidir. *Değerlendirme sistemi; hedef belirleme, değerlendirme ve geri bildirim aşamalarını taşımalı, ayrıca ulaşılabılır, ölçülebilir ve denetlenebilir olmalıdır.* Objektif esaslara göre kurulmalı, işyeri ya da işletmeye uygun şekilde belirlenmeli, gerçekçi kriterler içermelidir. Değerlendirme süresinin makul bir dönemi içermesine ve işçinin iradesi dışından gerçekleşen durumların soyutlanmasına dikkat edilmelidir.

Performans değerlendirmeleri Yargıtay tarafından yetersizliğin ispatı açısından her ne kadar önemli olarak görülse de, tek ispat mekanizması değildir. Yeterli ispatın işverence hukuka uygun başka vasıtalarla ortaya konulması halinde de yargı makamlarınca feshin geçerliliği yönünde karar verilmelidir.

Performans ve verimliliğe ilişkin yetersizlik hallerinin yanı sıra kanun gerekçesinde ifade edilen başka yetersizlik halleri de mevcuttur. Bu haller işe yatkın olmamak, öğrenme ve kendini geliştirmede yetersizlik, uyum yetersizliği ve işe yoğunlaşmanın azalmasıdır.

Mesleki yetersizlik halleri, Kanun'da ve gerekçesinde izah edilenlerle sınırlı değildir. Öğretide yer verilen bu hallerden ilki işçinin sahip olması gereken yasal izin ve ehliyetin yokluğudur.

Ülkemizde bazı çalışma alanlarında iş görme yetkisini haiz olmak için sahip olunması gerekli belge, sertifika, ehliyet, izinler ve benzeri bulunmaktadır. Söz konusu belgeler olmadan o işin görülmesinin mümkün olmadığı, yasal açıdan bir kısıtlamanın bulunduğu durumlar mevcuttur. Dolayısıyla bu yöndeki eksiklikler işçinin yeterliliği konusunu gündeme getirmektedir. Bu belgelere örnek olarak sürücü ehliyeti, pilotluk lisansı, yabancı dil sertifikaları ve yabancı işçiler için öngörülen çalışma izni ile ikamet izni gösterilebilir.

Belirtilen belge, izin ya da ehliyet o işin görülmesi açısından en temel nitelik olabileceği gibi, işveren tarafından arzu edilen, tercih sebebi olan bir husus da olabilir. Belgenin iş görme borcu açısından önemine göre söz konusu yasal izin ya da ehliyetin yokluğunun İş Kanunu m. 18 ya da m. 25 kapsamında geçerli ya da haklı fesih teşkil etmesi mümkündür.

Bahse konu belgelerin iş sözleşmesinin başlangıcında mevcut olup olmamasına ve iş sözleşmesi başladıktan sonra geçerliliğinin yitirilmesine bağlı olarak farklı neticelere yol açtığı yönünde öğreti görüşleri ve mahkeme kararları vardır. Öğretide farklı yönde görüşler bulunmakla birlikte, katılmakta olduğum görüşe göre belgelerin iş sözleşmesi kurulmasından önce olmaması ya da sonradan geçerliliğini yitirmesi halinde dahi iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü tespit edilene kadar geçerli addedilmesi sosyal adalet düşüncesine uygun görünmektedir.

Öğretide yer verilen bir diğer yetersizlik hali dini inanç ya da vicdani kararın veya bu nedenlerle iş görmemenin yetersizlik teşkil etmesidir. İnsan, inanç ve değer

tercihlerinden dolayı sosyal hayatın her aşamasında olduğu gibi çalışma hayatında da herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmamalı, söz konusu tercihlerine saygı duyulmalıdır. Bununla birlikte, çalışma hayatındaki bazı işlerin nitelikleri, işçinin din ve vicdan hürriyetiyle çelişmekte veya zaman içerisinde işçiye ya da işyerine bağlı sebeplerle çelişebilir hale gelebilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlıklı 9'uncu maddesi dini olsun ya da olmasın tüm inançları koruma altına almaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da dile getirildiği üzere bir inancın "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" kapsamına girebilmesi için "yeterince güçlü, ciddi, tutarlı ve önemli bir dereceye ulaşması" gereklidir.

İş Kanunu m. 25/II(h)'de yer alan "*İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*" düzenlemesi kapsamında işverenin haklı feshe başvurabilmesi için, işçinin kasıtlı ya da kusurlu bir davranış içinde bulunması gereklidir. Kanaatimce, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmak şartıyla, kişinin dini inancı ya da vicdani kararı çerçevesinde iş görme borcunu aksatması haklı neden ağırlığında değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte, söz konusu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir. Bu durumun haklı fesih ağırlığında olduğunu kabul etmek, kanaatimce işçi ve işveren tarafı arasındaki dengenin işçi aleyhine bozulması anlamına gelecektir. Elbette her fesihte olduğu gibi feshin son çare olması ilkesi ve olumsuz öngörü ilkesi çerçevesinde de bir inceleme yapmak da gereklidir.

Konuyu geçerli nedene dayanan fesih kapsamında incelediğimizde, belli bir iş görme borcunun reddi hususunun hangi alt başlıkta değerlendirileceğinin ortaya konulması gereklidir. İşçinin yetersizliği ve işçinin davranışlarından kaynaklanan

geçerli nedenlerin ayırt edilmesi ile ilgili bölümdeki tartışmalar ve çelişki bu noktada da kendini sürdürmektedir. Böyle bir durumda gerçekleştirilmesi muhtemel feshin, işçinin inancının sabit, belirli ve kolay değişmeyen yapısı da göz önünde alındığında işçinin davranışlarından ziyade işçinin yetersizliği hali olarak ele alınmasının daha uygun olduğunu değerlendirmekteyim. Öğretide söz konusu durum Baysal tarafından da işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler başlığında ele alınmıştır.

Bir ayırım kriteri olarak işçinin belirli bir iş görme borcunu yerine getirmeyi reddetmesi halinde, yani pasif bir duruş sergilemesi halinde işçinin yetersizliğinin; aktif bir davranış sergilemek suretiyle iş görme borcuna aykırı hareket etmesi halinde ise işçinin davranışlarından kaynaklı geçeli nedenle feshin söz konusu olabileceği ifade edilebilir.

Sonuç olarak, işçinin dini inancı ya da vicdani kararı neticesinde belli bir iş görme borcunu reddetmesi din ve vicdan özgürlüğü kapsamında saygı duyulması gereken bir konu olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada çalışanın iş görme borcunu yerine getirememesinin arkasında ibadetini yerine getirmek, inancını uygulamak gibi oldukça makul bir düşünce bulunmaktadır. Bu durum haklı nedene dayalı fesih ihtimalini devre dışı bırakmaktadır.

Geçerli nedene dayalı fesih açısından bir değerlendirme yapıldığında ise işçinin kusurunun aranmadığı, işçinin yetersizliğine dayalı geçerli nedenle fesih kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyim. Nitekim çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı fesihte çalışanın kusurlu bir açıklaması ya da davranışı şarttır. Ele alınan durum açısından bu şekilde bir kusurlu davranış söz konusu olmadığı için de konuyu işçinin yetersizliği kapsamında ele almak gereklidir.

Eğilimli işletmelerde işçinin inanç ve görüşlerinin işletmenin çizgisiyle çelişmesi de mesleki yetersizlik kapsamında incelenmesi gerekli bir konudur. Türk hukukunda herhangi bir yasal düzenlemede yer almayan eğilimli işletme kavramı; siyasi, dini, felsefi, kültürel açıdan belli bir çizgiyi benimseyen, bu çizgiyi kendisine bir çatı kabul eden ya da bu çizgiye hizmet eden işletmeleri tanımlamak için kullanılan bir kavramdır. Bu tür kuruluşlara örnek olarak siyasi partiler, basın kuruluşları ya da kilise kuruluşları verilebilir. İşletmelerin siyasi, dini ve benzeri kimliğinin yoğun bir şekilde o işletmeye hâkim olması gerekmektedir.

Eğilimli işletmeler, kamuoyu nezdindeki imajlarını ve kurumsal kimliklerini muhafaza etmek amacıyla çalışanlarının benimsenen inanç ve ahlak doktrininin temel ilkelerine bağlı kalmalarını isteyebilir ve özel hayatlarında da uyması gereken özel sadakat yükümlülükleri belirleyebilir. Bu kapsamda işçinin düşünce ve ifade özgürlüğünün eğilimli işletmelerde bir nebze sınırlanmış olduğu ifade edilebilir. Burada dikkate alınması gereken işçi, herhangi bir işçiden ziyade eğilimli işletmeyi bu yönde resmi bir sıfat taşıyarak ya da taşımayarak temsil eden, bir nevi sözcülüğünü üstlenen ve bu eğilimin yansımada etkisi bulunan işçilerdir.

Eğilimli işletmenin amaçları ile manevi amaç taşıyıcısı konumundaki işçinin kişisel durumunun çelişmesi halinde işçinin iş açısından gerekli nitelikleri taşımamasından bahisle işçinin yeterliliğine dayanan geçerli feshin söz konusu olacağı değerlendirilmektedir. Nitekim kişinin sahip olduğu inanç ve görüşler dolayısıyla ona bir kusur atfedilmesi mümkün görülmemektedir. İşçiye bu yönde bir kusur atfedilmesi mümkün olmadığı için de işçinin davranışlarına dayalı feshin ya da haklı feshin söz konusu olamayacağını düşünmekteyim.

İncelenmesi gerekli diğer bir yetersizlik hali ise evlilik ve boşanmanın yetersizliğe dayanan geçerli neden teşkil etmesidir. İşçinin medeni statüsünde

meydana gelebilecek bir değişimin, yani evlenmesinin ya da boşanmasının tek başına geçerli nedene dayalı bir fesih oluşturması mümkün değildir.

Evliliğin işçi açısından bir yetersizlik olarak görülmesi hali, işçinin eşinin rakip bir firmada çalışması ve işçinin çalışmakta olduğu işletmenin ticari sırları gibi gizli nitelikteki bilgilerine ulaşabilecek pozisyonda olması halinde mümkün görülmektedir. Böyle bir durumda işverende işletmesinin gizli kalması gerektiğini düşündüğü bilgilerin rakip firmaya işçinin eşi vasıtasıyla geçebileceği yönünde oluşan şüphenin geçerli nedeni feshe dayanak oluşturduğu değerlendirilmektedir. Boşanma ya da eşler arasında yaşanan benzer anlaşmazlıkların da işyeri düzenini bozabileceğine dair haklı bir beklenti varsa feshin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir.

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer husus da 6284 sayılı Kanun kapsamındaki tedbir kararlarının iş görme borcuna yansımalarıdır. Söz konusu Kanun'da eşin bulunduğu işyerine yaklaşmama şeklinde bir tedbir bulunmakta olup, bu tedbirin işçinin yetersizliğine dayalı geçerli fesih nedeni olabileceği öğretide kabul edilmektedir.

İşçinin işyeri dışında suç işlemesi, bu kapsamda gözaltına alınması ve tutuklanmasının geçerli neden oluşturması da mümkündür. Haklı fesih teşkil eden ve İş Kanunu m.25'te düzenlenen tutukluluk vb. haller bir kenara bırakılacak olursa, işçinin işyerinde işlemiş olduğu bazı suçların iş ilişkisine zarar verebileceği düşünülmektedir. Öğretide ve yargı uygulamasında işçinin davranışlarına dayalı bir geçerli fesih olabileceği ifade edilse de kanaatimce yetersizliğe dayalı bir geçerli fesih gündeme gelmelidir. Nitekim işçinin iş görme borcuna yönelik bir ihlali söz konusu değildir.

İşçinin borçluluk durumu ya da maaşı üzerinde haciz uygulanmasının yetersizlik teşkil etmesi de mümkündür. İşletmenin nakit akışı, hesapları, araçları ve benzeri malvarlığı değerleri üzerinde kontrol sahibi olan, bunları işi gereği kullanan işçilerin aşırı borçlu olmaları halinde, söz konusu malvarlığı değerlerini kendi çıkarına olacak şekilde kötüye kullanabileceği varsayımı söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi açısından işverenin işçiye duyduğu güven zedelenmekte, bu durumun da işçi açısından bir yetersizlik hali teşkil ettiği düşünülmektedir.

İşçinin ücretine haciz uygulanmasının, işletmede görevli muhasebenden sorumlu personeli işçinin haciz işlemleri ile meşgul ettiği, bu yönüyle işyerinde bir olumsuzluğa sebebiyet verdiği, bu nedene dayalı olarak feshin geçerli bir fesih olduğu öğretide belirtilmektedir. Yine bu noktada Yargıtay'ın farklı bir yönde görüşü bulunsa da iş görme borcuna yönelik bir ihlal olmaması sebebiyle ancak yetersizliğe dayalı bir geçerli feshin söz konusu olabileceğini düşünmekteyim. Bu doğrultuda işyeri düzeninin ne derece olumsuz etkilendiğinin de tutarlı bir şekilde ortaya konması gereklidir. Ancak bu noktada söz konusu olumsuzluğun oldukça yüksek bir seviyede olması gereklidir. Nitekim özellikle meydana gelişinde işçinin herhangi bir kusurunun bulunmadığı borçluluk hallerinde, her ne kadar işyeri düzenine olumsuz etkileri olsa da fesih yoluna gidilmesi işçiyi oldukça zor durumda bırakacaktır.

Öğretide ifade edilen ve güncel nitelikteki diğer bir yetersizlik hali Covid-19 salgını çerçevesinde aşı olmanın reddedilmesidir. Bilindiği üzere 2019 yılında Çin'de başlayarak tüm dünyaya yayılan COVID-19 hastalığı bulaşıcı niteliğiyle ülkemizde de ekonomik ve sosyal yaşantıyı derinden etkilemeye devam etmektedir. Bu yönde salgınla mücadele edebilmek adına bazı aşılarda üretilmiş olup, söz konusu aşılara ilişkin tereddüdü olan ve aşı olmayı reddeden önemli bir kesim bulunmaktadır. Aşı kişinin

vücut bütünlüğüne yönelik önemli bir tıbbi müdahale niteliğini haiz olup, söz konusu aşılarda oldukça hızlı bir şekilde geliştirilmeleri, yan etkilerinin henüz belli yaş grupları üzerindeki etkilerinin bilinmemesi, dini inanç ve söz konusu aşının uygulanmasına ilişkin somut ve açık bir yasal dayanağın bulunmaması gibi sebeplerle belli bir kesim tarafından halen reddedilmektedir.

Bu doğrultuda çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, aşı olmanın reddedilmesinin haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi kanaatimce mümkün değildir. Ancak konunun iş sağlığı ve güvenliği boyutu da ele alındığında geçerli bir fesih nedeni olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Nitekim işverenin de iş sağlığı ve güvenliği kapsamında mevzuatta öngörülmesi dahi, bilim ve teknolojinin öngördüğü tedbirleri alma yükümlülüğü ve bu kapsamdaki sorumluluğu da karşılıklı menfaatler tartıldığında fesih tedbirini bir açıdan akla uygun kılmaktadır.

Her ne kadar işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi İş Kanunu m. 25/II'de bir haklı fesih nedeni olarak düzenlense de vücut bütünlüğüne doğrudan bir müdahale niteliğinde olan aşının reddedilmesinin haklı fesih nedeni ağırlığında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyim. Çalışanların vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen bu tıbbi müdahale çerçevesinde endişe duymaları oldukça doğal bir olgu olarak değerlendirilmelidir. Burada çalışanın kendi isteğiyle ya da savsaması sebebiyle iş güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğünden bahsetmek olanaksızdır.

Bir geçerli fesih nedeni olarak ise kanaatimce, işçinin iş sözleşmesine yönelik bir yükümlülüğü ihlal etmesi söz konusu olmadığı için işçinin davranışlarına dayalı geçerli feshin söz konusu olması mümkün değildir. Burada iş görme borcunun gereğince yerine getirilmesi için bulunması gerekli bir şart işçi tarafından sağlanamamaktadır. Dolayısıyla işçinin yeterliliğine dayalı bir fesih söz konusu

olmaktadır. Ancak bu durumda dahi feshin geçerli nedene dayalı kabul edilebilmesi için feshin son çare olması ilkesine riayet edilmeli, yukarıda da ifade edilen uzaktan çalışma gibi daha az müdahaleci tedbirlerin uygulanıp uygulanamayacağı fesih tedbirine başvurulmadan önce gözden geçirilmelidir.

Aşı harici tedbirler açısından ise kanaatimce PCR testi yaptırılmaması, maske takılmaması, sosyal mesafe gibi tedbirlere uyulmaması ise iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin dikkate alınmaması kapsamında haklı fesih nedeni olarak görülmelidir. Nitekim söz konusu tedbirler, aşı seviyesinde bir tıbbi müdahale niteliği taşımadığı gibi, reddedilmelerine dair dini inanç gibi bir motiften söz edilemez.

İşçinin yetersizliği konusunda ele alınması gerekli bir diğer husus ise hedef sözleşmeleridir. Hedef sözleşmesi, işçi ile işveren arasında belirli bir süreçte işçinin kararlaştırılan performans hedeflerine ulaşmasını konu edinen ve şartın gerçekleşmesi halinde işçinin ödüllendirme ile teşvik edildiği bir tür sözleşmedir. Hedef sözleşmeleri her ne kadar işverence tek taraflı olarak belirlenen hedefler ile benzerlik gösterse de aralarında belirgin bir fark bulunmaktadır. Bu fark, sözleşme kavramının tabiatından, yani taraflar arasındaki karşılıklı anlaşmadan kaynaklanmaktadır. İşveren tarafından belirlenen hedefler işverenin yönetim hakkına girmekte olup, bu itibarla da tek taraflı bir niteliktedir. Ancak uygulamada çoğunlukla işverenin bu yönde bir hedef belirlemesi ve işçi tarafının bu şartlara genelde uyum sağlaması yönündeki durum da hedef sözleşmelerinin sözleşme niteliğini tartışmalı hale getirmektedir.

Hedef sözleşmelerinin taraflara karşılıklı yükümlülükler ve haklar getiren bir sözleşme hükmünde mi, yoksa işveren ve işçi tarafı açısından hukuki bağlayıcılığı bulunmayan karşılıklı beklentiler niteliğinde mi olduğu hususu öğretide işçinin hedeflere ulaşamaması halinde bunun yetersizlik teşkil edip etmediği noktasındaki görüşlerin temelini oluşturmaktadır.

Hedef sözleşmelerinin taraflar açısından bağlayıcı hükümler teşkil etmekten ziyade karşılıklı beklentilerin somutlaştırılmasından ibaret olduğu kanaatindeyim. Zira Alman öğretisinde de ileri sürüldüğü üzere hedef sözleşmelerinin amacı işçinin motivasyonunu artırmak, işverenin de menfaatine olan bir hususta onu daha fazla ve dikkatli çalışmaya teşvik etmektir. Hedef sözleşmelerinde öngörülen hedeflerin gerçekleştirilebilir, ölçülebilir ve şeffaf olması gereklidir.

İşçinin motivasyonunu artırmak maksadıyla uygulanan hedef sözleşmelerinde belirlenen hedeflerin karşılanamaması işçinin yetersizliği olarak değerlendirilmemelidir. Hedefe ulaşamamanın yetersizlik olarak kabulü işletmenin ekonomik risklerini işçinin üzerine yüklemek anlamına gelecektir. Öğretide Süzek tarafından da bu durumun yetersizlik olarak kabul edilmesinin İş Kanunu m. 18/1’de yer alan emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir.

Çalışmanın son kısmında, işçinin yetersizliğine dayalı fesihte özel durumlar çerçevesinde şüphe feshi ve baskı feshi incelenmektedir.

İşçinin iş sözleşmesi kapsamındaki bir yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiğine ya da suç teşkil eden bir davranışta bulunduğu dair duyulan şüphe işverenin işçiye olan güven duygusunu yitirmesine ve güven temelini zedelenmesine yol açarak şüphe feshine sebep olabilmektedir. Esas olan oldukça soyut nitelikte bulunan şüphe kavramı değil, bu şüphe neticesinde ortaya çıkan ve objektif olgularla desteklenebilen güven sarsılmasıdır.

Şüphe feshinin geçerli bir fesih olarak nitelendirilmesi için ilk şart kuvvetli ve objektif bir şüphenin varlığıdır. Şüphenin belli bir ağırlıkta olması, işverenden artık iş ilişkisini sürdürmenin beklenememesi gereklidir. Şüphe düzeyinin işverenin artık

katlanması beklenemeyecek bir seviyeye ulaşması halinde, işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme borcu açısından uygunluğunu kaybettiği kabul edilmektedir.

Şüphe feshi için ikinci önemli şart şüphenin bizzat işçiye isnat edilebilecek olmasıdır. İşçinin eşi, çocukları, yakın akrabaları ya da yakın dostlarını ilgilendiren bir hususun işçinin iş sözleşmesinin feshine etki etmesi mümkün değildir.

Şüphe feshi için diğer bir şart da işverenin kendisinden beklenmesi mümkün tüm çabayı göstermiş olmasına rağmen şüpheyeye konu eylem ya da davranışı kanıtlayamamış olmasıdır. İşverenin şüpheyeye konu vakaları araştırma ve aydınlatma yükümlüğünün düzeyi, somut olayın koşullarına göre tespit edilmelidir. Şüphenin mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılması gereklidir.

Feshin niteliğine yönelik öğretide farklı yönde görüşler bulunmakla birlikte, kanaatimce şüphe kavramının kesinlik içermeyen yapısı nedeniyle haklı feshin ya da işçinin davranışları kaynaklı geçerli feshin meydana gelmesi mümkün değildir. Nitekim işçinin söz konusu davranış ya da eylemde bulunduğu kesin ve somut olgularla ortaya konulmuş olsaydı, İş Kanunu m. 25/II'de düzenlenen "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" kaynaklı haklı fesih ya da işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı fesih uygulama alanı bulmalıydı.

İşverenin işçiye duyduğu güven zedelendiği ve işverenden artık iş ilişkisine devam etmesi beklenemeyeceği için burada işçinin işe uygunluğunu yitirmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu durumda işçi tarafından iş görme borcunun sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve işçinin işe uygunluğu açısından, işverenin duyduğu şüphe kaynaklı işçi temelinde bir yetersizlik meydana gelmektedir. Bu kapsamda işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesihten ziyade, işçinin yeterliliğine dayanan bir fesih söz konusu olmalıdır.

Çalışmamızda yer verilen son başlık olan baskı feshi, işverenin işçinin iş sözleşmesini sonlandırmak gibi bir düşüncesi olmamasına rağmen, üçüncü kişilerin etkisinde kalması neticesinde işçinin iş sözleşmesini feshetmesidir.

Baskı feshinin, gerçek ve gerçek olmayan baskı feshi şeklinde iki çeşidi bulunmaktadır. Gerçek baskı feshinde, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi için herhangi bir geçerli neden mevcut olmamasına rağmen, işveren tamamen üçüncü kişilerin baskısı ve etkisi altında kalarak fesih yoluna gitmektedir. Diğer baskı feshi türü ise gerçek olmayan baskı feshidir. Bu fesih çeşidinde işverenin iş sözleşmesini feshetmek için geçerli bir nedeni vardır; ancak bu yola üçüncü kişilerden gördüğü baskı neticesinde başvurmaktadır.

Baskı feshinin geçerli sayılabilmesi için sıkı şartlar öngörülmüş olup, yalnızca baskının uygulanması fesih için geçerli bir dayanak oluşturmamaktadır. Baskı feshinin geçerliliği açısından sahip olması gereken diğer bir şart baskının objektif manada ciddi ve ağır olması, işletmenin önemli bir ekonomik tehditle karşılaşmasıdır.

Gerçek olmayan baskı feshi işçinin yetersizliğine ya da davranışlarına dayalı olabileceği gibi, geçerli ya da haklı nedene dayalı fesih ağırlığında da olabilir. Yetersizliğin ya da davranışların ağırlığı ise geçerli/haklı neden ayırımında belirleyici unsurdur.

Gerçek baskı feshinin hukuki niteliği ve Türk hukukunda kabul edilebilir olup olmadığı hususu ise tartışmalı durumdadır. Kanaatimce gerçek baskı feshi açısından ortada feshe dayanak oluşturan ve işçiye atfedilebilecek bir davranış mevcut değildir. Dolayısıyla işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayalı feshin ve haklı nedene dayalı feshin söz konusu olması da mümkün değildir. Her ne kadar burada doğrudan işçiye atfedilebilecek bir yetersizlik söz konusu değilse de üçüncü bir kişinin

işveren üzerinde kurduğu ve feshi artık kaçınılmaz bir hale getiren baskı işçinin iş görme borcunu yerine getirmesine engel olmaktadır. Dolayısıyla bu durumu işçinin yetersizliği olarak değil ama iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi açısından bir yetersizlik olarak değerlendirmek mümkündür.



KAYNAKÇA

Akbulut, Olgun: Covid-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?, Politika Notu, İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü, https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf, E.T: 13.09.2021.

Akı, Erol: "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak "Emeklilik"", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2007), Cilt: 9, Özel Sayı, s. 3-16.

Akı, Erol/ Demirbilek, Tunç: "Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", Sosyoekonomi (Haziran 2010), C. 11, S. 11, s. 79-96.

Akın, Levent: "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren Dergisi (Mayıs 2020), C. 34, S.3, s. 16-71.

Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 12. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Alp, Mustafa: "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-", Yasa Hukuk Dergisi (Ocak 1999/12), C.17, S.205, s. 1519-1535.

Alp, Mustafa: "Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?", Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (2006), S.2, s. 141-158. (Emeklilik)

Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005. (İş Sözleşmesi)

Alp, Mustafa: Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (2007), S. 4, s. 171-189. (Personel Yönetmeliği)

Alp, Nihat Seyhun/ Korkmaz, Fahrettin: Bireysel İş Hukuku, 4. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Alpagut, Gülsevil: Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi ve Sosyal Boyutları, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu İktisadi Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

Alpagut, Gülsevil: “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi (2008), S. 65, s. 89-110. (İş Güvencesi)

Appel, Clemens/ Gerken, Doris: “Pro und Contra Verdachtskündigung”, Arbeit und Recht (Juni 1995), Vol. 43, No. 6, s. 201-206.

Arslan, Seda: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2013), C. 20, Sayı 1, s. 767 – 808.

Astarlı, Muhittin: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, Haz. İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (2017), On İki Levha Yayıncılık, s. 209-384.

Atar, Yavuz: “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1989), S.2, s. 181-209.

Ateş, Sevgi Dursun: İşverenin Yönetim Hakkı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.

Aydın, Ufuk: “İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Haziran 2010), S.18, s. 232-243.

Aydın, Ufuk: “Covid-19 Pandemisi; İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, Hukuk Fakültesi Dergisi (Aralık 2020), Yıl 6, Sayı 2, s. 181-214. (Covid-19)

Baloğlu, Cem: “İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Kamu İş (2014), C:13, S.3, s. 107-123.

Barca, Mihan Hayrünisa: İşçinin Mesleki Yetersizliği (Performansı) Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE (2019).

Baskan, Esra: İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima ratio) İlkesi, 1. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021.

Baybora, Dilek: “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2010/1), S. 24, s. 1-30.

Baysal, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara-2011.

Baysal, Ulaş: “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (2016), S. 35, s. 83-98. (Şüphe Feshi)

Bekis Bozkurt, Hayrunnisa: “Aşı Reddine Genel Bir Bakış ve Literatürün Gözden Geçirilmesi”, Kafkas Journal of Medical Science (2018), S. 8(1), s. 71–76.

Benditt, Theodore: Law and The Balancing Of Interests, Social Theory and Practice (Spring 1975), Vol. 3, No. 3, s. 321-342.

Bilir, Nazmi: “Coronavirus (Koronavirüs) Salgını, Koruyucu Uygulamalar ve Önlemler”, Çimento İşveren Dergisi (Mayıs 2020), C. 34, S.3, s. 8-15.

Birben, Erhan: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006 (Ölçülülük).

Birben, Erhan: “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013), C. 15, Özel Sayı, s. 451-480. (Etkisizleşme)

Birben, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II. On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 135-170. (İşçinin Özel Yaşamı)

Bohr, Jodi R: “Ignoring Wage Garnishment Orders Can Be Perilous For Employers”, Arizona Attorney (January 2021), Vol. 57, Issue 5, s. 40-43.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

Brox, Hans / Rüthers, Bernd/ Henssler, Martin: Arbeitsrecht, 17. Bs, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2007.

Bulun Tokkaş, Sevede / Doğu, Hakkı Mert: İşçinin Alkol ve Uyuşturucu Madde Kullanımından Dolayı Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ocak 2016), C: 1, S: 1, s. 225-240.

Can, Tuncay: “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, Çimento İşveren Dergisi (Mayıs 2003), C:17, S:3, s. 3-18.

Caniklioğlu, Nurşen: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

Caniklioğlu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002. (Hastalık)

Cebeci, İhsan Cem: İş Güvencesinin Hukuki Sonuçları ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

Centel, Tankut: İş Güvencesi, 2. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.

Centel, Tankut: Introduction to Turkish Labour Law, Springer International Publishing, 2017.

Civan, Orhan Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, 1. Bs, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

Civan, Orhan Ersun / Gökalp, Arzu: “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2011/1), S. 28, s. 233-264.

Collins, Hugh / Ewing, K.D/ McColgan, Aileen: Labour Law, 1. Bs, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Costello, Michael M: “Employer Mandates for COVID 19 Vaccination”, International Research Journal of Pharmacy and Medical Sciences (IRJPMS) (2020), Vol. 3, Issue 6, s. 48. (1 sayfa)

Curti Arthur / Azak, Necdet: “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1936), C. 3, S. 0, s. 295 – 310.

Cushway, Barry: The Employer’s Handbook An Essential Guide to Employment Law, Personnel Policies & Procedures, Kogan Page, United Kingdom 2002.

Çatalkaya, Deniz Ugan: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Mayıs 2017.

Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33.Bs, Beta Yayıncılık, İstanbul-2020.

Deinert, Olaf: “Die Verdachtskündigung – Neues Zu Alten Thema”, Arbeit und Recht (2005), Vol. 53, Issue 8 – 9, s. 285-297.

Demeyere, Gillian: “Human Rights As Contract Rights: Rethinking the Employer's Duty to Accommodate”, Queen's Law Journal (2010), No. 36(1), s. 299-330.

Demir, Cuma Arif: Açıklamalı ve İçtihatlı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Demir, Cuma Arif: “Geçerli-Haklı Neden Ayrımı”, İstanbul Barosu Dergisi (Temmuz/Ağustos 2017), C. 91, S. 2017/4, s. 19-43. (Ayrım)

Demir, Fevzi: Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:98, Sorularla Hukuk Dizisi: 2, C:1, Ankara 2006.

Doğan, Sevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, Editör: Kübra Doğan Yenisey, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 1029-1031.

Doğan, Sevil: “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Nisan 2012), Yıl:3, S. 9, s. 177-207. (Eşitlik)

Doğan Yenisey, Kübra: “Şüphe Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Eylül 2008), S. 11, s. 65-72.

Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, 1. Bs, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 387-562. (Kıdem Tazminatı)

Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2006), C. 4, S. 11, s. 63-82. (Eşitlik İlkesi)

Doğan Yenisey, Kübra: “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil Dergisi (Haziran 2006), S.2, s.60-65. (Eşit Davranma Borcu)

Dönmezer, Sulhi: “Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü”, Erdem Dergisi (2005), C. 15, S. 42, s. 1-29.

Dulay, Dilek: “İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2010), S: 27, s. 963-978.

Dulay, Dilek: “İşletme Gereklerine Dayanan Fesih”, Terazi Hukuk Dergisi (Haziran 2010), C. 5, S. 46, s. 89-94. (İşletme Gerekleri)

Dulay Yangın, Dilek: “İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2019/3), S. 62, s. 2049-2071. (Dini Sembol)

Dulay Yangın, Dilek: İş Mücadelesine Hâkim Olan Temel İlkeler-Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. Bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021. (İlkeler)

Dulay Yangın, Dilek: “Karar İncelemesi İş Sözleşmesinin İş Kanunu md. 25/1, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli Midir?”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2017), Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel sayı, s. 2029-2055. (Karar)

Ekonomi, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi (Mart 2003), C. 17, S. 4, s. 1-40.

Ekonomi, Münir: “Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi”, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (2006), S.2, s. 125-140. (Emeklilik)

Epstein, David: Criminal Charges, Labor Relations Bulletin (10803211) (Jun2003), Issue 747, s. 7. (1 sayfa)

Erdoğan, Ersin / Erdoğan, Canan: “Şüphe Feshine Dayalı Davalarda Yargılamının İadesi ve Yeniden Yargılanma”, Adalet Dergisi (Aralık-2020), C. 0, S. 65, s. 465-498.

Ergin, Hediye: “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2007), S: 16, s. 1357-1402.

Ertabak, Ünal: “Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü”, Hukuk Defteri 4, 2. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.

Ertekin, Özkan: İş Güvencesi Hukuku ve İş İade Davaları, 2. Bs, Adalet Yayınevi Ankara 2017.

Ertürk, Şükran: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Aralık 2002), C. 4, S. 2, s. 1-26.

Evren, Öcal Kemal: İş Güvencesi El Kitabı, Kavram-Uygulama-Yargıtay Kararları, 2. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Evren, Öcal Kemal: “Şüphe Feshi”, Terazi Hukuk Dergisi (Kasım 2009), S. 39, s. 43-51.(Şüphe Feshi)

Eyer, Eckhard / Haussmann, Thomas: Zielvereinbarung und Variable Vergütung Ein Praktischer Leitfaden - Nicht Nur Für Führungskräfte, 2. Auflage, Gabler, Wiesbaden 2003.

Eyrenci, Ömer: “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

Eyrenci, Ömer / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Bs, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Excler, Jean-Louis / Saville, Melanie / Berkley, Seth / Kim, Jerome H: “Vaccine Development For Emerging Infectious Diseases”, Nature Medicine (2021), S. 27, s. 591–600.

Finkin, Matthew W: “An Employee's Right Not To Obey Orders in the United States”, Comparative Labor Law & Policy Journal (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 497-510.

Flood, Colleen M. /Thomas, Bryan/ Wilson, Kumanan: “Mandatory Vaccination For Health Care Workers: An Analysis Of Law And Policy”, Canadian Medical Association Journal (February 2021), 193 (6), s.217-220.

Gerek, Nüvit: “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih- Usulsüz Fesih- Kötüniyetli Fesih”, Karatahta İş Yazıları Dergisi (2015), S. 2, s. 1-17.

Göktaş, Seracettin: “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, Ankara Barosu Dergisi (Kış 2008), S:1, s. 16-43.

Gözler, Kemal: “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü

Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Ankara Barosu Dergisi (2001), S. 4, s. 53-67.

Graham, Barney: "Rapid COVID-19 Vaccine Development", Science Magazine, 10.1126/science.abb8923 (2020), <https://plaguepit.com/wp-content/uploads/2020/05/COVID-19-vaccines.pdf>, E.T: 14.09.2021.

Greenwood, Ronald G: "Management By Objectives: As Developed By Peter Drucker, Assisted by Harold Smiddy", The Academy of Management Review (1981), Vol. 6, No. 2, s. 225–230.

Gürsel, İlke: "Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik", Sicil İş Hukuku Dergisi (2020), S. 43, s. 172-189.

Gürtzgen, Nicole/ Hiesinger, Karolin: "Dismissal Protection and Long-term Sickness Absence – First Evidence from Germany", Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 20-040, s. 1-50.

Güzel, Ali: "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 57-90 (Ultima ratio).

Güzel, Ali: "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi (2005), S. 1, s. 159-182. (İşletmesel Karar)

Hanami, Tadashi: "Conscientious Objection in Japan", Comparative Labor Law & Policy Journal (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 441-454.

Hanel, Erich: "Die Verdachtskündigung", Personal-Mensch und Arbeit (Juli 1987), Vol. 39, No. 6, s. 262-263.

Hatipoğlu, Mehmet: Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Temmuz-Ağustos 2019), S. 143, s. 181-220.

Hekimler, Alpay: "Alman Federal Mahkeme Kararları- Avrupa Adalet Divanı", Çalışma ve Toplum Dergisi (2017/4), S.55, s. 1831-1835.

Heun-Lechner, Oliver: Kündigung Faires und Wertschätzendes Trennen, Springer Gabler, Graz 2020.

Hillman, Robert A: “An Analysis of the Cessation of Contractual Relations”, Cornell Law Review (1963), S. 68, s. 617-659.

Hromadka, Wolfgang / Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band 1- Individualarbeitsrecht, Vierte Auflage, Springer, Heidelberg 2018.

Kostiantyn Hromovenko / Raisa Minchenko / Ganna Sarybaieva / Yurii Batan: “Legal Responsibility for Vaccination Against COVID-19 in Ukraine and Other Countries”, Revista Amazonia Investiga (August 2021), No. 10 (43), s. 264-271.

Hudson, Deborah: “COVID-19 Vaccinations and Workplace Rights”, Queen’s University Industrial Relations Centre, <https://irc.queensu.ca/wp-content/uploads/covid-19-vaccinations-and-workplace-rights.pdf>, E.T: 16.09.2021.

Işık, Volkan: “Türkiye’de Genç İşsizliği ve Genç Nüfusta Atalet”. Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi (2016), S. 5 (11), s. 130-145.

İmamoğlu, Abdülvahit: “Vicdan Kavramının Psiko-Sosyal Tahlili”, Akademik İncelemeler Dergisi (2010), C. 5, S.1, s. 127-144.

International Labour Office: “Managing Underperformance (A Guide For Managers)”,

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@exrel/documents/instructionalmaterial/wcms_745727.pdf, E.T: 29.07.2021. (ILO, Underperformance)

International Labour Office Geneva: “Termination of Employment Instruments Background Paper for the Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention”, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166) Geneva, 18–21 April 2011, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_153602.pdf, E.T: 29.07.2021.(ILO, Termination)

Jesgarzewski, Tim: Arbeitsrecht Grundlagen und Praxis, 1. Bs, Springer Gabler, Wiesbaden 2019.

Numhauser-Henning, Ann: “The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls”, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (2013), No. 4, s. 391–414.

Kabakcı, Mahmut: Geçersiz Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, 1. Bs, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

Kabakcı, Mahmut: “İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeleri” (İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II), 12 Levha Yayıncılık, Editör: Tankut Centel, İstanbul 2016, s. 211- 232. (Hedef Sözleşmeleri)

Kabakcı, Mahmut: “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m. 5) İşlevi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (2013), S. 29, s. 61-76. (İş Sağlığı)

Kâhya, Serpil / Büyükcangaz, Esra / Çarlı, Tayfun: “Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR) Optimizasyonu”, Uludağ Üniversitesi Journal of Faculty of Veterinary Medicine (2013), S. 32, s. 31-38.

Kandemir, Murat / Yardımcıoğlu, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2014), C. 19, S. 30-31, s. 1-44.

Kaplan, Kürşat: “Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri”, Legal İHSGHD (2010), S. 27, s. 979-998.

Kar, Bektaş: “İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013 (Basım Yılı: 2014)), C. 15, Özel Sayı, s. 869-882.

Kar, Bektaş: “İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, Çalışma ve Toplum Dergisi (2008/2), S. 17, s. 101-128. (Yargısal Denetim)

Kar, Bektaş: “Performans Düşüklüğü ve Yetersizliği Nedeni İle Fesihte Yargısal Denetim”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Eylül 2008), S.11, s. 34-42. (Performans)

Karademir, Artür: “İş Güvencesinde Son Çare İlkesi Uyarınca İşçiye Eğitim Verilmesi Gerekliliğinin Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Aralık 2020), C. 6, S. 12, s. 263-288.

Karakurt, Barış: İş Sözleşmesinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Karapınar, İsmail: "Şüphe Nedeniyle Feshin Sınırları", Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (1985), S. 6(1), s. 231-251.

Kasapoğlu Turhan, Mine: "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (2019), C. 9, S. 1, s. 1-40.

Kaya, Ferman: "Performans Düşüklüğü Sebebiyle İş Akdinin Geçerli Nedenle Feshinin Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi (Eylül 2015), C. 89, S. 5, s. 146-157.

Kayık Aydınalp, Ashhan: "Baskı Feshine İlişkin Alman Federal İş Mahkemesi Kararının İncelenmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD) (2018), C. 9, S. 2, s. 211-236.

Keser, Hakan: "Korona Virüs (COVID 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2020), S. 65, s. 693-715.

Khosla, Madhav: "Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply", International Journal of Constitutional Law (April 2010), Vol. 8, Issue 2, s. 298–306.

Kılıçoğlu, Mustafa: "İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri Kapsamında Gözden Geçirilmesine İlişkin Birkaç Söz", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2015), C. 12, S.46, s. 149-178.

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Legal Yayıncılık, 3. Bs, Ankara 2013.

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s.181-211. (Ölçülülük)

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: "İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip)", Yargıtay Dergisi (Ocak-Nisan 2008), C. 34, S. 1-2, s. 97-110. (Tahmin)

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, 1. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007. (İş Güvencesi)

Kirchner, Jens / Kremp, Pascal / Magotsch, Michael: Key Aspects of German Employment and Labour Law, 2. Bs, Springer-Verlag Berlin and Heidelberg, Berlin 2019.

Klaus, Watzka: “Zielvereinbarungen -- Faktoren für den Erfolg (2)”, Die Bank (August 2012), Issue 8, s. 79-83.

Koçak, Ayşegül Merve: Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde Disiplin Cezaları, 1. Bs, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021.

Köme Akpulat, Ayşe: İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Köme Akpulat, Ayşe: “The Principle of “Ultima ratio” in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law”, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul (2018), S.67, s. 43–57. (Ultima ratio)

Köseoğlu, Cengiz: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış”, İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2012), C.9, S.36, s. 85-132.

Kurt, Resul / Koç, Muzaffer: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, 5. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kurt, Resul: Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kwasniewski, Barry W: “Just Cause For Employee Dismissal: What Employers Need To Know”, Charity Law Bulletin (2009), S. 175, s. 1-7.

Laçiner, Vedat: “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, Yönetim Bilimleri Dergisi (2005), S. 3:2 , s. 141-161.

Le, Tung Thanh / Andreadakis, Zacharias / Kumar, Arun / Roman, Raul Gomez/ Tollefsen, Stig / Seville, Mellanie / Mayhew, Stephen: The Covid-19 Vaccine Development Landscape, s. 1-5. https://www1.cgmh.org.tw/library_s/2020/paper/P-0428%20The%20COVID-19%20vaccine%20development%20landscape.pdf, E.T: 14.09.2021.

Ledün Akdeniz, Ayşe: İş İlişkilerinde İmkânsızlık, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2018.

Löffler, Siegfried: “Kündigung von Arbeitnehmern bei der Katholischen Kirche”, Sozialer Fortschritt (Juni 1980), Vol. 29, No. 6, s. 123. (1 sayfa)

Madalena, Gonçaves: “Portekiz’de Güvenceli Esneklik”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (Haziran 2010), S.18, s. 244-246.

Manamela, Ernest: “Till Age Do Us Part: An Automatically Unfair Dismissal Based On An Employee's Age: Datt v. Gunnebo Industries (pty) Ltd”, South African Mercantile Law Journal (2010), 22(2), s. 279-286.

Malinka, Steffen: Die Außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Spiegel der Rechtsprechung, Fakultät Wirtschaftswissenschaften Bachelorarbeit (2014), https://monami.hs-mittweida.de/frontdoor/deliver/index/docId/4179/file/Bachelorarbeit_Steffen_Malinka_Original_standard.pdf, E.T: 21.03.2021.

Manav, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2009.

Martin, Albert / Drees, Volker: “Gemeinsame Ziele: Zur Durchführung von Zielvereinbarungsgesprächen”, Schriften aus dem Institut für Mittelstandsforschung, No. 6, Universität Lüneburg, Lüneburg 2001.

Maschmann, Frank: “Arbeitsrecht und Beschäftigtendatenschutz”, Compliance Aktuell, 9/2018, https://www.cfmueeller.de/9783811438095_leseprobe_Arbeitsrecht.pdf, E.T: 03.08.2021.

Meenan, Helen: “Age Discrimination in the United Kingdom”, International Journal of Discrimination and the Law 3 (March 1999), No: 4, s. 227–248.

Metin, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük, Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2017), C. 7, S. 1, s. 1-74.

Molitor, Erich: “Die Unzulässigkeit von Zölibatsklauseln in Einzelarbeitsverträgen (Rechtsgutachten)”, Arbeit und Recht (Dezember 1953), Vol. 1, No. 12, s. 353-359.

Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 1. Bs, Lykeion Yayınları, Ankara 2017.

Morozumi, Michiyo: “Protection of the Established Position in Japanese Labour Law: Basic Normative Patterns Under the Long-Term Employment System”, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 14 (1998), Issue 1, s. 41-63.

Mullen, Faith: “Fifty Years After the Consumer Credit Protection Act: The High Price of Wage Garnishments”, Mitchell Hamline Law Review (2019), Vol. 45, No. 1, s. 191-236.

Narmanhoğlu, Ünal: “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Haziran 2016), S.74, s. 551-569.

Narmanhoğlu, Ünal: İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri, 5. Bs, Beta Yayınları, İstanbul 2014.(İş Hukuku)

Narter, Sami: İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Naujok, Volker: “Das Spannungsverhältnis Zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvormutung”, Arbeit und Recht (Oktober 1998), Vol. 46, No. 10, s. 398-402.

Odaman, Serkan: “Fransız Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep, Haklı Sebep Ayrımı”, Çimento İşveren Dergisi (2003), C.17, S. 3, s. 20-32.

Oğurlu, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 485-521.

Oğurlu, Yücel: “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 125. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları (2004), No:68, s. 133-154. (Ölçülülük)

Okyay, Ramazan / Akbaba, Muhsin / Kirkit, Ecem: “Aydınlatılmış Onam ve Aşılama”, Turkish Journal of Public Health (Ocak 2016), S. 13 / 2, s. 155-159.

Orhon, İlkiz: İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Ökçün, Ahmet Gündüz: Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti, 2. Bs, Sermaye Piyasası Kurulu (Pelin Ofset), Ankara 1998.

Öktem Songu, Sezgi / Şahin Emir, Asiye: “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Çalışma İlişkilerine Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Aralık 2020), C. 26, S. 2, s. 1157-1178.

Öztekin, Büşra: “İşe İade Davalarında Performans Düşüklüğü Nedeniyle Fesih ve Yargıtay Uygulamaları”, İstanbul Barosu Dergisi (Mayıs 2017), C. 91, S. 3, s. 215-225.

Özdemir, Cumhuri Sinan: “Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Terazi Hukuk Dergisi (Ağustos 2010), C. 5, S. 48, s. 155-160.

Pärli, Kurt: “Different Ways to Fight Against Unfair Dismissal on the Grounds of HIV/AIDS Status”, European Labour Law Journal 6 (2015), No. 4, s. 373-385.

Pärli, Kurt / Caplazi, Alexandra / Suter, Caroline: “Rechtliche Regelungen und Massnahmen Gegen Diskriminierung Von Menschen Mit HIV/Aids Im Arbeitsverhältnis und Aspekte Ihrer Wirksamkeit”, NF 13DPD3- 107603 / 1, Schlussbericht an den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung, Zürich 2006.

Peiris, Gamini Lakshman: “Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvas”, The Cambridge Law Journal, Cambridge University Press (1987), Vol. 46, No. 1, s. 53–82.

Perdecioğlu, İsmail Emrah: “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Temmuz 2020), Y:11, S. 43, s. 49-77.

Perritt, Henry: Employee Dismissal: Law and Practice, 5. Bs, Aspen Publishers, Maryland 2017.

Peuntner, Thomas: “Management by Objectives (MbO) – Grundlagen”, Haufe-Lexware GmbH & Co.KG, Personal (1999), Vol. 51, No. 10, s. 486–486.

Pillay, Prushothman Subramoney: “Balancing The Interests Of Employer And Employee In Dismissal For Misconduct”, Nelson Mandela University, 2017.

Pippke, Wolfgang: “Zielvereinbarungen”, Verwaltung Und Management (1997), Vol. 3, No. 5, s. 290–294.

Portman, Wolfgang: “İsviçre İş Sözleşmesi Hukukunda İş Güvencesi”, (Çev. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz), Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

Pound, Roscoe: “A Survey of Social Interests”, Harvard Law Review (1943), S.57, s. 1-39.

Preis, Ulrich: “Minima (non) curat praetor? Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund”, Teil I, Arbeit und Recht (Mai 2010), Vol. 58, No. 5, s. 186-192.

Randhawa, Simarata: “Termination In Case of Terminal Illness”, Court Uncourt (2020), C. 7, S. 5, s. 16-18.

Rebhahn, Robert: “Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective (Part II)”, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (2004), Vol. 20, Issue 1, s. 107-132.

Rehbinder, Manfred: “Menfaatler Takdirinin Prensipleri (Çev. Turgut Kalpsüz)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1969), C. XXVI, S. 3-4, s. 271-287.

Riekert, Julian: “Working With the Federal Unfair Dismissal Laws”, Australian Law Librarian (Aralık 1996), C. 4, S. 4, s. 258-264.

Rivers, Julian: “Proportionality and Variable Intensity of Review”, Cambridge Law Journal (March 2006), Volume 65, Issue 01, s.174-207.

Rolfs, Christian: “Der Allgemeine Kündigungsschutz Nach Dem Gesetz Zu Reformen am Arbeitsmarkt”, Sozialer Fortschritt (2006), Vol. 55, No. 2/3, s. 34-41.

Rothstein, Mark / Parmet, Wendy / Rubinstein Reiss, Dorit: “Employer-Mandated Vaccination for COVID-19”, American Journal of Public Health 111 (June 2021), No. 6, s. 1061-1064.

Rumpf, Christian: “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1993, s.25-48, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6438/crumpf.pdf>, E.T: 22.03.2022.

Rycroft, Alan: “Blurring the Lines Between Incapacity, Misconduct and Operational Requirements: Zililo v Maletswai Municipality”, South African Mercantile Law Journal (2009), Vol. 21, No. 3, s. 426-432.

Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara 1982.

Sakowski, Klaus: Arbeitsrecht, 2. Auflage, Springer Gabler, Heidenheim 2020.

Sambur, Bilal: “Yeni Anayasada Din ve Vicdan Özgürlüğünün Düzenlenmesi”, Liberal Düşünce Dergisi (Bahar 2012), Yıl 17, S. 66, s. 93-102.

Sanchez, Esther: “Conscientious Objection in the Workplace: Some Reflections Based on Spanish Jurisprudence”, Comparative Labor Law & Policy Journal (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 487-496.

Sarı, Ayşegül: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Saygın, Engin: “Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Ankara Barosu Dergisi (2017), C. 75, S.2, s. 57-88.

Selamoğlu, Ahmet / Özveri, Murat: “İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesih Nedeni Olarak Performans Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2016), Özel Sayı, s. 203-228.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10. Bs, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, TBB Dergisi (2017), Özel Sayı, s. 225-268. (Eşitlik)

Sevimli, Ahmet: “4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tek Biçim Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar”, Çimento İşveren Dergisi (Eylül 2004), ÇMİS Yayını, S: 5, C:18, s. 11-26.

Sevimli, Ahmet: “İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2006. (İşçinin Özel Yaşamı)

Shenker, Pnina Alon / Davidov, Guy: “Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts”, McGill Law Journal (2013), 59/2, s. 375-423.

Shilling, John: “Illness During Employment”, South African Law Journal (1939), S. 56, s. 474-477.

Sonsuzoğlu, Elif: “Olası Aşı Pasaportu Uygulamasının Hukukiliği” (Bir Küresel Salgın ve Hukuk, Der. Murat Batı/Sezai Çağlayan), 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 109-144.

Soyer, Polat: “Küresel Kriz Sürecinde İşletme Gereklere Dayanan Fesihler ve İstihdam Sorunu”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (Aralık 2008), S.12, s. 67-78. (İstihdam)

Söğüt, İpek Sevda / Akbulut, Olgun:” Covid-19 Aşısı ve Hukuk”, Tıp Hukuku Dergisi (2021), S. 19, s. 33-118.

Sturgeon, Lisa: “Fair Dismissal On the Grounds of Capability”, Napier&Sons Lawyer Issue, 2015/3, s. 1-14. <http://www.napiers.com/wp-content/uploads/2015/03/Fair-Dismissal-on-the-Grounds-of-Capability-April-2015.pdf>, E.T: 29.07.2021.

Süleyman, Ahmet: “Sürelî Fesihle İşçinin Kişiliğinden ve Özel Hayatından Kaynaklanan Nedenler”, İstanbul Barosu Dergisi (2019), C:93, S: 2, s. 49-63.

Sümer, Hadi Haluk: İş Hukuku Uygulamaları, 7. Bs, Seçkin Yayıncılık, Konya 2019.

Sümer, Hadi Haluk: “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Aralık 2007), S. 8, s. 66-73. (Sağlık)

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 20.Bs, Beta Yayınevi, , İstanbul 2020.

Süzek, Sarper: “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş Dergisi (2002), C: 6, S: 4, s. 1-23, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/644.pdf>, E.T: 27.04.2021. (Sınırlandırma)

Süzek, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (Aralık 2008), S.12, s.24-38. (Eşit Davranma)

Süzek, Sarper: “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.565-586. (Yetersizlik)

Şahlanan, Fevzi: “Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi - Geçerli Neden (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren Hukuk Eki (Ekim 2013), S. 394, s. 1-8.

Şen, Murat: “İşçinin Verimsizliğine dayalı Geçerli Nedenle Fesihlerde Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, Erzincan Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi (2006), C. 10, S. 3-4, s. 371-396.

Şen, Murat: “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde)”, Sicil İş Hukuku Dergisi (Mart 2009), S. 13, s. 101-116. (Haciz)

Şener, Battal: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Tiyek, Ramazan / Eryiğit, Hamza Burak: “İş Güvencesi Kapsamında Performans Değerlendirme”, Mevzuat Dergisi (Şubat 2013), S:182, <https://www.mevzuatdergisi.com/2013/02a/01.htm>, E.T: 24.12.2021.

Tondorf, Karin: “Zielvereinbarungen: Mitbestimmungspolitische Aspekte”, Verwaltung Und Management (1999), Vol. 5, No. 6, s. 340–344.

Topal, Güneş: İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Trittin, Wolfgang / Fischer, Esther: “Mitbestimmung: Mitbestimmung Bei Individuellen Zielen? Zu den Rechten des Betriebsrats Bei Zielvereinbarungen”, Arbeit und Recht (2006), Vol. 54, No. 8, s. 261-264.

Tsakyrakis, Stavros: “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, International Journal of Constitutional Law (2009), Vol. 7, Issue 3, s. 468-493.

Tsimpoukis, Chronis: “Some Brief Notes On DecisiOn N° 3220/2017 Of Piraeus’ Single-Member Court Of First Instance”, Lex Social: Revista Juridica de Los Derechos Sociales (2018), C:8, S:2, s. 18-25.

Tulukçu, Binnur: “İş Güvencesine İlişkin İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri”, Terazi Hukuk Dergisi (Temmuz 2017), C. 12, S. 131, s. 14-26.

Tulukçu, Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, 1. Bs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017. (İş Güvencesi)

Tulukçu, Binnur: “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ocak 2002), C.1, S.1, s. 555-572. (Sonuçlar)

Tunçer, Polat: “Örgütlerde Performans Değerlendirme ve Motivasyon”, Sayıştay Dergisi (Ocak - Mart 2013), S. 88, s. 87-108.

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bs, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

Türe, Gökhan / Türe, Oğuzhan: “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, TBB Dergisi (2017), S. 131, s. 295-346.

Uçum, Mehmet: “Karar İncelemesi İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması”, A. Can Tuncay’a Armağan, 1. Bs, Legal Yayıncılık, Ankara 2005.

Ulucan, Devrim: “Karar İncelemesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2007), S. 13, s. 284-289.

Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, 2. Bs, İstanbul 2003. (İş Güvencesi)

Uluç, Şule: “İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2009), C. 6, S. 22, s. 617-640.

Uşan, Fatih: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2005), C. 2, S. 8, s.1624-1632.

Uysal, Şener: “Performans Yönetimi Sisteminin Tanımı, Tarihçesi, Amaç ve Temel Unsurlarına Genel Bir Bakış”, *Electronic Journal of Vocational Colleges* (Ekim 2015), C. 5, S. 2, s. 32-39.

Uysal İbat, Emine Esra: “Feshin Geçersizliği ve İşçilik Alacakları”, 1. Bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Ünal, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, 1. Bs, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Ünal, Canan: “Yaş Ayrımcılığı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi” (İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar (Editörler: Doğan Yenisey, Kübra / Ergüneş Emrağ, Seda)), 1. Bs, İstanbul 2017. (Yaş ve Emeklilik)

Ünal Adınır, Canan: “Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Haziran 2021), C. 27, S. 1, s.693-715.

Ürem, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1. Bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Üstün, Çağatay / Aygörmez, Gülsün Ayhan / Özçiftçi, Seçil / Korkmaz, Mehmet: “COVID-19’da Zorunlu PCR Testi Uygulamasının Tıbbi ve Yasal Gereçekleriyle Etik Değerlendirmesi”, *Tepecik Eğit. ve Araşt. Hast. Dergisi* (2020), 30(3), s. 219-227.

Üzüm, Burcu / Uçkun; Seher: Performans Değerlendirme Yöntemleri Üzerine Nitel Bir Araştırma: Kocaeli İli Örneği. *İşletme Araştırma Dergisi* (2021), S. 10/2, s. 254-275.

Wang, Daniel Wei Liang / Moribe, Gabriela / Arruda, Ana Luiza / Gajardoni De M: “Is Mandatory Vaccination for COVID-19 Constitutional Under Brazilian Law?”, *Health and Human Rights Journal* (June 2021), Vol. 23, No. 1, s. 163-174.

Wank, Rolf: “Objectionable Work in Germany”, *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Spring 2010), Vol. 31, No. 3, s. 455-470.

Weiss, Uta-Susanne: *Arbeitsrecht für Führungskräfte*, 2. Auflage, Springer Vieweg, Wiesbaden 2019.

Wendt, Rudolf: “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Oñati Socio-legal Series* [online], S. 3 (1), s. 81-94.

<https://bibliographie.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/111335/220-1202-1-PB.pdf?sequence=1>, E.T:07.05.2021.

Wicclair, Mark R: Conscientious Objection In Health Care: An Ethical Analysis, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

Wien, Andreas: Arbeitsrecht Eine Praxisorientierte Einführung, 1. Auflage, Gabler, Wiesbaden 2009.

Wippermann, Frank: “Zielvereinbarungen (Fachartikel)”, https://www.flow.de/wp-content/uploads/2019/10/artikel-zielvereinbarung_de.pdf, s. 1-23.

Xie, Zengyi: Labor Law in China-Progress and Challenges, Springer Publishing, Heidelberg 2016.

Yalnız, Zeynep / Akgül, Özer: “Covid-19 Salgını İçin Aşı Çalışmaları İncelemesi”, Aydın Sağlık Dergisi (Haziran 2020), Yıl:7, S. 2, s. 97 – 104.

Yıldırım Baş, Funda: “Pandemide Aşılamanın Önemi ve Covid-19 Aşılama Çalışmaları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi (2020), Özel Sayı-1, s. 245-248.

Yıldız, Gaye Burcu: “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2013), C. 15, Özel Sayı (Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan), s. 681-707.

Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, 1. Bs, Yetkin Yayınları, Ankara 2008. (Eşit İşlem)

Yılmaz, Gizem: “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Performans Düşüklüğü Nedeniyle Feshi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Nisan 2020), C.5, S. 1, s. 3691-3722.

Yılmaz, Huriye Hilal: “Yargıtay Kararları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Şüphe Feshi”, Çimento İşveren Dergisi (2018), C. 32, S. 5, s. 8-23.

Yürekli, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Yaz 2020/2), Yıl:19, S. 38 (Covid-19 Özel Ek), s. 34-61.