

İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ FESHİNDE “FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİ”NİN UYGULANMASI

1. FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

Feshin son çare olma ilkesi İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiştir.

İş Kanunu’nun 18 inci maddesinin gerekçesinde yer alan, “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakılmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.” düzenlemesi, feshin son seçenek olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Feshin son çare olma ilkesi gereğince, işveren işçinin işe devam etmesi için fesihten önce alabileceği tüm önlemleri almalı, buna rağmen işçinin işe devam etmesi herhangi bir yarar sağlamıyor ise ve mümkün değilse fesih yoluna başvurmalıdır.¹

Feshin son çare olma ilkesi, işverenin fesih dışında farklı uygulamalarla amacına ulaşabilecek olduğu hallerde feshe başvurmasını engelleme amacı taşımaktadır.

Öğretide, feshin son çare olma ilkesinin hukuki dayanağını Medeni Kanun’un 2 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının oluşturduğu savunulmaktadır.²

Feshin son çare olma ilkesi, iş güvencesi kapsamında feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının yargısal denetiminin sağlanması için fonksiyonel bir ilke niteliğini taşımaktadır.³

İş güvencesine ilişkin yasal düzenlemenin özünde, iş ilişkisinin sürekliliğinin korunması ve feshe ancak son çare olarak başvurulması vardır.⁴

Bu nedenle işveren tarafından iş ilişkisinin sürekliliği için öngörülebilir fesih dışındaki diğer seçenekler denenmeli ve son çare olarak feshe başvurulmalıdır.

Böylece, işverenin feshe, işçinin ise iş sözleşmesinin devamına ilişkin menfaati ölçülülük ilkesine uygun bir biçimde dengelenmiş olacaktır.⁵

Feshin son çare olma ilkesi işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan geçerli fesihler ile işçinin yetersizliği/performansı ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerle yapılan geçerli fesihlerde uygulanmaktadır.



¹ Ayşegül Sarı, İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, sayfa 125

² Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2023, sayfa 415

³ Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, sayfa 1052

⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021, sayfa 624

⁵ A.g.e., sayfa 624

2. FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİ ÇERÇEVESİNDE ALINACAK ÖNLEMLER

Feshin son çare olma ilkesiyle güdülen amaç, fesih yerine çalışma koşullarında belirli değişiklikler yaparak feshin önüne geçmektir.

İşverenin alacağı önlemler aynı zamanda çalışma koşullarında da esaslı değişiklik anlamına geleceğinden, yapılacak değişikliklerde işçinin rızasının alınması zorunludur.

İş Kanunu'nun 22 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve işverene fesih olanağı tanıyan düzenleme de feshin son çare olma ilkesine uygun olarak mümkün olduğu ölçüde fesih yoluna gitmeden esaslı değişiklik yoluyla iş sözleşmesini ayakta tutmayı amaçlamaktadır.⁶

Feshin son çare olma ilkesi kapsamında işverenin geçerli fesih kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma imkanının olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde, işverenin objektif iyi niyet kurallarına uygun hareket etmediği, fesih hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle feshin geçersiz sayılması söz konusu olacaktır.

Bu nedenle, işverenin fesihten kaçınma olanaklarını kullanması, örneğin işçinin başka işte çalıştırılması, meslek içi eğitimine tabi tutulması, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltılması, mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma yöntemlerini kullanılması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekmektedir.⁷

Son çare olarak başvurulacak diğer önlemler arasında; işçilerin ücretsiz izne çıkarılması, kısa çalışma uygulamasına başvurulması ve işyerinde sürekli fazla çalışma yapılıyorsa öncelikle fazla çalışma uygulamasından vazgeçilmesi de gösterilebilir.⁸

Yine işçinin kusurlu davranışı halinde sözleşmenin feshi yoluna başvurmadan önce ihtarda bulunulması da geçerli bir fesih için gözetilmesi gereken son çare kapsamında bir tedbirdir.

İşveren iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isterse, işletmesel kararlar istenilen amaca ulaşmak için işçiye fesih yerine ve işçiye fesihten daha az zarar verecek araçla ulaşmak yolunu arayacak, aksi takdirde fesih geçersiz olacaktır.⁹

⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 7.Baskı, Ankara 2022, sayfa 1055,

Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi Madde 22

(1)- İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında 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 nedene dayandığını 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.

(2) Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.

⁷ Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Esra Baskan, İş Hukuku, Beta Yayınları,10.Baskı, İstanbul 2020, sayfa 206,

⁸ Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları,13.Baskı, Ankara 2023, sayfa 412,

⁹ A.g.e., sayfa 415, "İşletmesel karar, işverenin işletmesi ile ilgili konularda amaç ve içeriğini serbestçe belirleyebildiği, işletmesel yönetim hakkı çerçevesinde aldığı bütün kararlardır."

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını, işverenin, işletmenin yararını gözeterek ve haklı olarak kullanmak zorunda kaldığı karar verme özgürlüğü oluşturur. İşverenden ancak işletmesel amacı göz ardı etmeyen; bu amaca ulaşmak için fesih işlemiyle aynı ölçüde elverişli önlemleri alması istenebilir.¹⁰

İşverenin işyerinde yeni teknolojileri uygulaması veya üretim konusunu değiştirmesi halinde, iş sözleşmesi feshi yoluna başvurmadan önce işçiye yeni teknoloji ve üretim sürecine uyumunu sağlayıcı eğitim vererek iş ilişkisinin devamının sağlanması da bu kapsamdadır.¹¹

Ancak son çare olarak eğitim gereğinden söz edilebilmesi için olayın özelliğine göre bu eğitimin işverenden beklenebilir olması zorunludur. İşverenden beklenilebilecek eğitim ölçülü ve makul olmalıdır.¹²

İşverenden, işletmesel karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıracak, işletmeye gereksiz yere masraf yükleyecek veya işletmeye zarar verecek davranışlarda bulunması beklenemez.¹³

Diğer taraftan işçinin davranışları, iş ilişkisinin devamlılığı için önemli neden olan taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmışsa, işverenin feshin son çare olma ilkesine başvurması beklenilemez.¹⁴

3. FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Yargıtay kararlarında feshe en son çare olarak başvurulması, aynı geçerli nedenle feshin kanıtlanmasında olduğu gibi işveren tarafından kanıtlanması gereken bir husus olarak değerlendirilmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre, "işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini 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 kararlar yargı denetimine tabidir.

Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiye başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir."¹⁵

¹⁰ A.g.e., sayfa 207, Sarper Süzek, İşi Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021, sayfa 624

¹¹ Sarper Süzek, İşi Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021, sayfa 624

¹² A.g.e., sayfa 627

¹³ Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Esra Baskan, İş Hukuku, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2020, sayfa 207,

¹⁴ Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2023, sayfa 412

¹⁵ "...Dosya içeriğine göre, davalı işverenin pres bölümünü ekonomik nedenlerle kapattığı, kapatılan bölümde 56 işçinin çalıştığı ve bu çalışanlardan 27'sinin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. Fesih işlemi takip eden aylarda mesai cetvellerine göre, iş yerinde giderek artan oranda fazla mesai yapıldığı kayıtlarda saptanmıştır, işyerinde yapılan keşif sona erdirilmiştir. Çıkarılanlar raporda, çıkarılanlara alternatif iş verilmemiştir, uygun iş olduğu yönde bir değerlendirme yapmadan, feshin sendikal nedene dayanmadığı ve kapatmanın ekonomik olduğunu belirtmişlerdir. Somut uyuşmazlıkta, kapatılan bölümde çalışan işçilerden diğer bölümlere aktarılanların, bir başka anlatımla çıkarılanlar ile başka bölümlerde görevlendirilenlerin ne şekilde seçildiği, çıkarılanların başka bölümlerde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği açıklanmış ve anlaşılmış değildir. Çalışanlar arasından çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı irdelenmelidir. Zira, işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe,

Yüksek Mahkeme, işverenin iş yerinde aldığı işletmesel kararları uygulamak için aldığı tedbirler sonucu oluşan kadro fazlalığından dolayı davacının iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedildiği bir uyuşmazlıkta, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletme kararını uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü taktirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda işverence alınan işletmesel kararlar sonucu iş yerinde kadro fazlalığı meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş sözleşmesi feshedilmiş ise de, işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma imkanının olup olmadığı araştırılmadığı, fazla mesailerin kaldırılması, esnek çalışma ve kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı hizmet akdinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir.¹⁶ şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay'ın aynı konuda bir başka kararına göre, "Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleriyle yapıldığı ileri sürüldüğünde, özellikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel kararlar 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 olma ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır."¹⁷

İşverenin hiçbir önleme başvurmaksızın işçiyi işten çıkartması, fesih işlemini geçersiz kılar.

Yüksek Mahkeme bir uyuşmazlıkta, "...Feshi önlemek için ücretsiz izin, fazla çalışmaları kaldırma, yıllık izinleri kullandırma, ücret indirim ve kısmi çalışma gibi yöntemlerin hiçbirine başvurulmaması nedeniyle feshin geçerli nedene dayanmadığına..." karar vermiştir.¹⁸

Yine Yüksek Mahkeme, aşırı kilosu nedeniyle uçucu personel olma özelliklerini kaybeden kabin görevlisi kadının, durumuna göre son çare olarak yer hizmetlerinde görevlendirilme koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁹

İzmir BAM 9 uncu Hukuk Dairesi de performans düşüklüğü nedeniyle geçerli feshin yapıldığı bir uyuşmazlıkta, "...Dosya içeriği bilgi ve belgelerde davacının performansının düşük olduğu kabul edilse dahi davacıya yönelik yazılı bir uyarı yapıp yapılmadığı, davalı şirket bünyesinde davacının performansının düşüklüğünü giderici işçinin kazanımına yönelik ne gibi önlemler alındığı, davacının performansının arttırılmasına yönelik ne gibi eğitim faaliyetleri düzenlendiği ve davacı işçinin de davalı şirket yöneticilerinin kendisini kazanmaya yönelik çabalarına ne tür bir olumsuzluk gösterdiğine ilişkin

iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır. İşyerinde fazla mesai çalışmalarının arttığı dikkate alınarak, davacının görev tanımına göre başka bölümde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de araştırılmalıdır. Kısaca yukarıda açıklandığı gibi, feshin son çare olması ilkesi dikkate alınmalıdır. Eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi hatalıdır." Y.9 HD.T.13.03.2006, E.2006/2894, K.2006/6224

¹⁶ Y.9.HD. T.22.03.2007, E.2006/36997, K.2007/8174

¹⁷ Barış Ertem, İş Sözleşmesi Feshinde Usul, Yetkin Yayınları, sayfa 148-149, Y.9.HD. T.21.07.2008, E.2008/26678, K.2008/21167

¹⁸ Y.22.HD. T.17.02.2012, E.8729, K.2197

¹⁹ Y.22.HD. T.18.06.2012,11598/23353, Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021, sayfa 625

dosya içeriğinde herhangi bir somut bilgi ya da belgeye rastlanılmamıştır. Ayrıca somut olayda davacının, başka birim ve pozisyonlarda görevlendirilmesi konusu işverence gündeme alınmamıştır.

Yani doğrudan sözleşmenin feshedilmesi tercihi kullanılmıştır. Bu durumun “feshin son çare olması ilkesi” ile çelişen bir uygulama olduğu açıktır...” şeklinde hüküm kurmuştur.²⁰

Yargıtay, iş sözleşmesi feshedilen işçinin başka bir işte çalıştırılma olanağının bulunmasına rağmen, son çare olarak bu yola başvurulmaksızın fesih yapılmasının geçersiz olduğunu hüküm altına almıştır.²¹

“Davranış nedeniyle fesih ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi (feshin son çare olma ilkesi) uyarınca İş Kanunu’nun 22 nci maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.²²

4. SONUÇ

İş güvencesine ilişkin yasal düzenlemenin kökeninde iş ilişkisinin sürekliliğinin korunması ve feshe ancak son çare olarak başvurulması vardır.

Bu kapsamda, işverenin iş ilişkisinin sürekliliği için öngörülebilir fesih dışındaki diğer seçenekleri göz önünde bulundurması ve son çare olarak feshe başvurulması gerekmektedir.

Feshin son çare olma ilkesiyle güdülen amaç, fesih yerine çalışma koşullarında belirli değişiklikler yaparak feshin önüne geçmektir.

İşverenin hiçbir önleme başvurmaksızın işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işverenin objektif iyi niyet kurallarına uygun hareket etmediği, fesih hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle feshin geçersiz sayılması söz konusu olacaktır.

Bu çerçevede, işverenin işçinin başka işte çalıştırılması, meslek içi eğitimine tabi tutulması, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltılması, mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma yöntemlerini kullanılması, işçilerin ücretsiz izne çıkması, kısa çalışma uygulamasına başvurulması ve işyerinde sürekli fazla çalışma yapılıyorsa öncelikle fazla çalışma uygulamasından vazgeçilmesi, işçinin kusurlu davranışı halinde sözleşmenin feshi yoluna başvurmadan önce ihtarda bulunulması gibi fesihten kaçınma yöntemlerine başvurulması, feshi son çare olarak düşünmesi gerekmektedir.

Feshin son çare olma ilkesi işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan geçerli fesihler ile işçinin yetersizliği, performansı ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerle yapılan geçerli fesihlerde uygulanır.



²⁰ Barış Ertem, İş Sözleşmesi Feshinde Usul, Yetkin Yayınları, sayfa 149, İzmir BAM 9.HD.T. 09.11.2016, E.2016/45, K.2016/27

²¹ A.g.e. Sayfa, 150,

²² A.g.e. Sayfa 150, Y.9.HD. T.24.09.2018, E.2018/2118, K.2018/16485

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını, işverenin, işletmenin yararını gözeterek karar verme özgürlüğü oluşturur.

Feshin son çare olması ilkesi uygulanırken işverenin işletmesel karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıracak, işletmenin mali yönden gereksiz harcamalarda bulunması sonucunu doğuracak kararlar alması beklenemez.

Diğer yönden, işçinin davranışları iş ilişkisinin temelini oluşturan ve devamlılığını sağlayan taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmışsa, işverenin feshin son çare olma ilkesini uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.

BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK İŞ HUKUKU EKİBİ

isVerenim.com

