

PAPER DETAILS

TITLE: DIS KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARAR VE DENETİMİ

AUTHORS: Umut Dilaver

PAGES: 1077-1113

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/4778882>

DIŞ KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARAR VE DENETİMİ

Operational Decision Regarding Outsourcing and Control of the Decision

Arş. Gör. Umut DİLAVER*

Öz: İşverenler, girişim özgürlükleri çerçevesinde serbestçe yönettikleri işletmelerine yönelik işletmesel karar alabilirler. Rekabetçi piyasa koşulları altında işletmelerini ön plana çıkarmak için alacakları işletme ekonomisine yönelik kararları arasında dış kaynak kullanım metodu da bulunur. İşletmelerin kendi bünyesinde yürüttükleri birtakım faaliyetleri, işletme dışı kurumlardan temin etmeleri anlamına gelen dış kaynak kullanımı, kararı alan işverenin işyerinde çalışmaya devam eden işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde etkiler doğurabilir. İşletme içerisindeki bir birim devre konu edildiğinde, o birimde çalışan işçilerin çalışma koşulları değişebileceği gibi ortaya istihdam fazlası çıkması halinde iş sözleşmeleri feshedilebilir. Çatışan menfaatlere ilişkin sorun hukuk ilkeleri yardımıyla çözümlenmelidir. Bu nedenle, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü işçilerin istihdam hakkına müdahale ettiği ölçüde yargısal denetime konu edilir. Çalışmada işverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı açıklığa kavuşturulmuş ve özellikle denetimi değerlendirilmiştir. İşletmesel karar kavramı ve işletmesel karar sonucu feshin denetimi özellikle Alman hukuku temelli öğreti görüşü ve içtihatların Türk hukukuna etkileri ile gelişmiştir. Bu nedenle işletmesel karar türleri, işletmesel karar sonucu feshin denetiminde başvurulacak keyfilik, tutarlılık, ölçülülük denetimleri Alman hukuku ve Fransız hukuku ile karşılaştırmalı bir bakış açısı ile değerlendirilmiş, Türk hukukunda kanuni düzenlemeye konu edilmemiş sosyal seçim ilkesi açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dış Kaynak Kullanımı, İşletmesel Karar, Yargısal Denetim, Ölçülülük İlkesi, Son Çare İlkesi.

Abstract: Employers can take operational decisions for their businesses that they manage independently within the framework of their freedom of enterprise. The outsourcing method is among the economic business decisions they will take to bring their businesses to the forefront under competitive market conditions. Outsourcing, which means the transfer of certain activities carried out in-house by enterprises to external organizations, may affect the employment contracts of the workers who continue to work in the workplace of the employer who takes the decision. When a part of the enterprise is transferred, the working conditions of the workers in the relevant unit may change and their employment contracts may be terminated if there is a surplus of workers. Employer's freedom of operational decisions is subject to judicial review to the extent that it interferes with the right to work. In this study, the employer's operational decision regarding outsourcing is explained and in particular, its control is evaluated. The concept of operational decision and the judicial review of termination as a result of operational decision has developed with the effects of the doctrinal opinion and jurisprudence of German law on Turkish labor law. Therefore, the types of operational decisions, the principles to be applied in the judicial review of termination as a result of operational decisions are evaluated from a comparative perspective with German and French law, and the principle of social selection, which is not subject to legal regulation in Turkish law, is explained.

Keywords: Outsourcing, Operational Decision, Judicial Review, Principle of Proportionality, Principle of Ultima Ratio.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Ankara Üniversitesi SBE Doktora Öğrencisi)

umutdilaver@trabzon.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4432-7254

Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025, Makale Kabul Tarihi: 23.03.2025

GİRİŞ

Modern ekonomik pazarda, rekabetçi koşullar altında varlığını sürdürmek isteyen işletmeler, maliyetleri azaltarak bu yarışta ön plana çıkmayı her zaman temel hedef olarak görmektedirler. İşletmelerin bu amacını zamanla, temel yeteneklerini ön plana çıkarma, üretim kalitesini artırma, esnekleşme gibi başkaca amaçlar izlese de bu amaçları gerçekleştirmek için takip ettikleri organizasyon modelleri arasında dış kaynak kullanımı yerini almaktadır.¹

İşletmenin temel yetenekleri dışında kalan hususları, çeşitli yöntemlerle dışarıdan temin etmesi anlamına gelen dış kaynak kullanımı metodu iş ilişkileri bakımından da önemli sonuçlar doğurabilmektedir.² Gerçekten, işletmesinin genel yapılanmasını değiştirmek isteyen işveren, bu konudaki tercihini dış kaynak kullanımı metodundan yana kullandığında esasen bir işletmesel karar almaktadır. İşveren, sahip olduğu girişim özgürlüğü ile işletmesel kararını da kural olarak istediği gibi alabilir. Ancak işletmesel kararı sonucunda birtakım hizmetler dışarıya devredildiğinde, ilgili birimin işçileri bakımından istihdam fazlası meydana gelebilir. Dolayısıyla kendi girişim özgürlüğü ile işçilerin istihdam hakları arasında bir çatışma meydana gelir. Ortaya çıkan çatışma, hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır.

Çatışan iki menfaat sorunu, hukuksal denetim mekanizmaları yardımı ile hukuka uygun bir biçimde çözüme kavuşturulabilir. Ancak konu işverenin işletmesel kararı olduğunda yapılacak denetimlerde işverenin mülkiyet hakkına dayalı girişim özgürlüğüne ağırlık verilmeli, anayasal bir hakkın ihlali sonucunu doğuracak yorumlardan kaçınılmalıdır. İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün temelinde anayasadan kaynaklanması, kararın gerekçe veya işletme için ekonomik sonuçlarını yargısal denetim dışında bırakmakta ancak iş sözleşmelerine etki ettiği ölçüde müdahale imkanı yaratmaktadır.

Çalışmamızda, işverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı ele alınmıştır. Anılan kavramların Türk hukukuna, Alman hukuku etkisi ile yerleştiği gerçeği ile her iki hukuk karşılaştırmalı bir bakış açısı ile değerlendirilmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde işletmesel karar kavramı tanımı ve yönetim hakkı ile ilişkisi çerçevesinde ele alınmış ve her birinin farklı denetim mekanizmalarına konu edilebilmesi nedeniyle Türk ve Alman hukukunda işletmesel karar türleri değerlendirilmiştir. Devamında, çalışma konumuzun sınırlarında kalmak adına Türk ve Alman iş hukukunda dış kaynak kullanımı yöntemleri irdelenmiş, özellikle hukukumuzda yaygın bir dış kaynak kullanımı metodu olan alt işveren ilişkisi bakımından her iki hukuk düzeninin farklı yaklaşım ve çözümleri değerlendirilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararın denetimi üzerinde durulmuş, öncelikle fesih sonucu doğurmayan işletmesel kararın sınırlı denetim alanı değerlendirilmiş ve ardından işletmesel karara dayalı fesihlerin denetim mekanizmaları Türk, Alman ve Fransız hukuku yönünden açıklanmış, her bir hukuk düzeninin denetim yönünden farklılıkları ortaya konmuştur.

¹ İstemi Ceysu Dinç, “Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden Hizmet Alımının İş Hukukunda Dış Kaynak Kullanımı (Outsourcing) Bakımından Değerlendirilmesi”, C.17, S.68, 2020, Legal İSGHD, s.1557.

² William Lankford/ Faramarz Parsa, “Outsourcing: A Primer”, C.37, S.4, 1999, Management Decision, s.310; Dinç, s.1557.

I. İŞLETMESEL KARAR KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Hukukun temel ilkelerinden biri, yükümlülükler ile hakların karşılıklıdır. Bir konuda yükümlülük ve sorumlulukların sahibi ve meydana gelebilecek riskleri üstlenen kimseye, riskleri önlemek için bir fırsat verilmesi şarttır.

İşverenin işletmesel kararları, işletmesel risklere taraf olması karşısında sahip olduğu bir hakka işaret etmektedir.³ İşverenin işletmesel riskleri üstlenmesi, işletmesi üzerinde karar verme hakkına meşruiyet kazandırır.⁴ İşletmesel karar kavramı, işverenin gelecekteki iş ve işletme politikalarına ilişkin, işletmeye yönelik kararlar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır.⁵

İşletmesel kararı geniş anlamıyla değerlendiren yazarlara göre, işverenin işletmesi ile ilgili aldığı her türlü karar işletmesel karardır. İşletmeyi amacına ulaştırma hedefi taşıyan, işyeri ve işin düzeni, iş sözleşmelerinin kurulması, içeriklerinin belirlenmesi ve feshine ilişkin konulara yönelik her türlü kararın işletmesel karar olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilir.⁶ Yargıtay kararlarında da işletmesel kararın geniş yorumlandığı görülür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin bir kararında, “İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.” açıklamalarına yer vermiştir.⁷

³ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri İle Fesih”, C.14, S.54, 2017, Legal İSGHD, s.678.

⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022, s.1048; Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s.5; Muhittin Astarlı, “Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi”, S.17, 2010, Sicil İHD, s.83; Ali Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, S.4, 2005, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.162-163; Mehtap Yücel Bodur, “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, C.1, S.2, 2015, İş ve Hayat Dergisi, s.138.

⁵ Anno Hamacher (Jörg Nerlich/Volker Romermann), Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, §125 Interessenausgleich und Kündigungsschutz., InsO §125, C.H.Beck, 2012, Rn. 71; Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018, s.35; Yücel Bodur, s.138-139; Engin, s.36; Mustafa Alp, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul, 2002, s.97.

⁶ Tankut Centel, İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020, s.142; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.678.

⁷ Yargıtay 9. HD, E: 2010/33069 K: 2010/27474, T: 04.10.2010, (Çalışma ve Toplum Dergisi, C.2, S.29, 2011, s.538-544).

B. HUKUKİ DAYANAĞI

1. Genel Olarak

İşletmesel karar kavramı hukukumuzda açıkça düzenlenmemiştir. İş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçerli bir nedene dayandırılması gerektiğini düzenleyen İş Kanunu'nun 18. maddesi hükmü, feshe dayanak oluşturacak geçerli nedenin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanabileceğini belirtmiş; işletmesel karar kavramına ise açıkça yer vermemiştir. Buna karşın, Yargıtay kararlarında sıkça işletmesel karar kavramına yer verildiği görülmektedir. İş mevzuatında açıkça yer verilmeyen kavramların kararlarda zikredilmesi öğretide, içtihatlar yoluyla iş hukukuna yabancı bir terminolojinin uyumsuzlukların çözümünde yerleşik hale getirilme çabası olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir.⁸

İşverenin işletme gerekleri ile iş sözleşmelerini geçerli nedene dayanarak feshedebileceğine yönelik İş Kanunu m.18 hükmünün anayasal temelini, Anayasanın 48. maddesi oluşturur. İlgili maddeye göre, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" Hükme göre işverenin, istediği kişilerle sözleşme yapabilmesi kural olarak mümkündür. Yine, sahip olduğu girişim özgürlüğü çerçevesinde kural olarak dilediği alanlarda teşebbüsler kurması ve teşebbüslerini iradesine uygun bir biçimde yönetmesi mümkündür. Dolayısıyla işletmesel karar alma yetkisi de anayasal girişim özgürlüğüne dayanmaktadır.⁹

Alman hukukunda da işletmesel kararın hukuki dayanağı yönünden benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Federal Alman Anayasasının 12. maddesine göre, "*Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilir. Hiç kimse, öteden beri genel ve herkes için eşit olan bir kamu hizmet yükümlülüğünün çerçevesi dışında bir iş yapmaya zorlanamaz.*" Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde de feshin geçerliliğine ilişkin nedenlerden söz edilirken işletmesel kararlar işçinin çalıştığı mevkinin ortadan kaldırılması ibaresi kullanılmakta ve işletmesel karara vurgu yapılmaktadır. Anılan durumda, işletmesel kararın (*Unternehmerentscheidung*) Anayasal dayanağı olduğu gibi kanuni düzenleme altına alındığı da kabul görmektedir.¹⁰ Alman Federal İş Mahkemesi, işverenin işletmesel karar alma yetkisinin anayasal girişim özgürlüğüne dayandığını belirttiği ve Anayasal bir hakkın özüne dokunulamayacağından hareketle

⁸ Ali Güzel, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Türk Milli Komitesi, 25-26 Kasım 2011, Ankara, 2002, s.202.

⁹ Nezihe Binnur Tulukcu, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi", S.18, 2010, Sicil İHD, s.135; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1048; Dilek Dulay, "İşletme Gereklerine Dayanan Fesih", C.5, S.46, 2010, Terazi Hukuk Dergisi, s.89; Alp, s.95; Güzel, 2005, s.162; Bektaş Kar, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", C.2, S.17, 2008, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.101.

¹⁰ Wolfgang Hromadka/ Frank Maschmann, Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, 7. Baskı, Springer, Berlin, 2018, s.469. Alman hukukunda Federal Alman Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 14. maddesi de işletmesel kararın hukuki dayanaklarından biri olarak görülür.

denetiminin sınırlarını çizdiği bir kararında işletmesel kararı, “*işletme yönetiminin temelini oluşturan kurumsal politikaya yönelik her türlü karar*” olarak tanımlamıştır.¹¹

Alman hukukunda işletmesel kararın temel dayanağı niteliğinde görülen Anayasanın 12. maddesinde meslek seçimi ve seçilen mesleğin icrası birbirinden ayrı olarak koruma altına alınmıştır. Meslek seçimi koruması, istisnasız ve sınırsız nitelik taşır. Bu kapsamda işverenler, kamu düzenine aykırılık taşımamak kaydı ile istediği alanlarda girişim kurabilir.¹² Devlet, meslek seçim özgürlüğünü engelleyecek düzenlemeler yapmama ve özgürlüğün hukuka uygun bir biçimde kullanılabilmesini sağlayacak tedbirler alma ödevi altındadır. Mesleğin icrasına yönelik koruma ise işverenin serbestçe karar verdiği bir alanda kurmuş olduğu girişimini idare etmeye yönelik verdiği kararlar ile somutlaşır. Ancak bu korumanın meslek seçim özgürlüğü aksine sınırsız olduğu söylenemez. İşveren, işletmesel kararlarında kanuni sınırlamalara tabidir.¹³ İşletmesel bir karar sonucunda işçilerin çalışma hakkını engelleyecek veya doğrudan etkileyecek bir netice meydana gelmesi de esasen işverenin mesleki faaliyetinin icrasının sonucudur. Ortaya çıkan menfaat çatışmasının dengelenmesi ihtiyacı mesleğin icrasına yönelik korumanın sınırsız olarak değerlendirilmesinin önüne geçer.¹⁴

Türk hukuku bakımından da Alman hukukundaki yorum ve düzenlemelerin esas alınması yerinde olacaktır. Anayasa veya kanunlarda açıkça bu yönde bir hükme yer verilmemişse de işverenin alacağı işletmesel kararlarda sınırsızca hareket edebilmesi düşünülemez.

2. Yönetim Hakkı İle İlişkisi

İşverenin yönetim hakkı, işçinin iş görme borcunu iş organizasyonuna uygun hale getirmek amacıyla işverenin, kanunlar ile toplu ve bireysel iş sözleşmelerine aykırı olmayacak biçimde işin yürütümünü ve işçinin işyerindeki davranışlarını tek taraflı düzenleyebilme hakkı olarak tanımlanabilir.¹⁵

İşverenin işletmesel karar alma yetkisi ve özgürlüğünün yönetim hakkı ile ilişkisi tartışmalı bir konudur. Her iki kavramı ilişkili bulan yazarlar, yönetim hakkının işletmesel karar alma özgürlüğünün temelini meydana getirdiğini, işverenin işletmesel karar alırken yönetsel karar alma hakkını kullandığını ifade

¹¹ BAG, 20.02.1986, 2 AZR 208/05. Karara göre, Anayasal temele dayanan işletmesel kararın yerindeliliğinin denetimi mümkün değildir. İşletmesel karara dayalı fesihlerde uygulanabilecek denetim ancak tutarlılığı (samimiyeti), keyfiliği ve ölçülülüğü ile sınırlıdır.

¹² BVerfG, NJW 1958, 1035.

¹³ BverfG, 24.04.1991, 1 BvR 1341/90.

¹⁴ Rudi Müller-Gloge/ Ulrich Preis/ Ingrid Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2023, GG 12, Rn. 23-25.

¹⁵ Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, Met-Er Matbaası, İstanbul, 1981, s.9; Münir Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, C. I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980, s.32; Sarper Sözek/ Süleyman Başterzi, İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024, s.86; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.182; Ayşen Altıntepe, “Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, s.4.

etmektedir.¹⁶ Anılan görüş uyarınca yönetim hakkı kavramı geniş yorumlanmalıdır. İşletmesel kararlar, yönetsel karar olarak da adlandırılmakla birlikte işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin olabileceği gibi doğrudan iş organizasyonunu ilgilendiren biçimde de olabilir. Bu nedenle, yönetim hakkı ile işletmesel karar alma özgürlüğü bütünsel bir ilişki içerisinde.¹⁷

Aksi görüşteki yazarlara göre bu iki kavram birbirinden ayrı hukuki dayanaklara sahip olup birbirinden farklı amaçlar taşır. İşveren, dayanağını Anayasal girişim özgürlüğünden aldığı işletmesel karar alma özgürlüğü ile birlikte işletme yönetimi ve işyeri organizasyonunu düzenlemektedir. Yönetim hakkının dayanağı ise iş sözleşmesidir. İşveren, yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar ile işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaktadır.¹⁸

Yargıtay kararlarında, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün yönetim hakkından kaynaklandığına yönelik ibarelere yer verilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2024 yılında verdiği bir kararında¹⁹ işletmesel kararı tanımlarken, “4857 sayılı Kanun’un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır.” ifadelerine yer vermiştir.

Bize göre, işletmesel karar alma özgürlüğü yönetim hakkına dayanmaz. Ancak her iki kavram geniş anlamda işletmesel karar alma özgürlüğü bakımından çakışabilir. İşverenin, işletme politikalarına yönelik olmakla birlikte işçilerin iş görme edimlerini ilgilendirmeyen işletmesel kararlar alması mümkündür. Yine işverenin aldığı bir işletmesel kararın, yönetim hakkı çerçevesinde işçilerin iş akitleri üzerinde sonuçlar doğurması da mümkündür. İkinci ihtimalde her iki yetki yalnızca sonuçları itibarıyla çakışmakta, ortak hukuki kaynağa dayanmamaktadır. İşletmesel kararın hukuki dayanağının yönetim hakkı olarak görülmesi, işverenin iş ilişkilerinin konusunu oluşturmayan hiçbir alanda işletmesel karar alamayacağı sonucunu doğurur ki bu durumun işletmesel kararın niteliği ile bağdaşmadığı açıktır.

¹⁶ Hakan Keser, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.399-400; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.678; Ayşe Köme, “İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, s.31.

¹⁷ Başbuğ/Yücel Bodur, s.35-36.

¹⁸ Sevgi Dursun Ateş, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.45-46; Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s.97-98; Altıntepe, 2014, s.33; Taşkent, 1981, s.2.

¹⁹ Yargıtay 9. HD, E: 2024/5208, K: 2024/7872, T: 07.05.2024; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3529, K: 2023/3640, T: 13.03.2023, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 20.01.2025); Yargıtay 22. HD, E: 2018/33, K: 2018/2381, T: 08.02.2018, (Çalışma ve Toplum Dergisi, C:3, S: 58, 2018).

C. İŞLETMESEL KARAR TÜRLERİ

1. Türk Hukukunda İşletmesel Karar Türleri

İşletmesel karar kavramının, kararın alınmasını etkileyen nedenler ve kararın yöneldiği sonuç esas alınmak suretiyle farklı biçimlerde sınıflandırılması mümkündür. Yapılacak sınıflandırma, çalışmanın konusunu oluşturan dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararların hukuki değerlendirmesine de etki edecektir.

İşletmesel karara yönelik ilk sınıflandırma işletmesel kararın nedenine yöneliktir. Kararı etkileyen nedenin işletme içi veya dışından doğması ayrımın belirleyici unsurudur. Benzer sınıflandırmanın yapıldığı Alman hukukunda işletme içi nedenlerle alınan işletmesel kararlara örnek olarak; yalın yönetim olarak adlandırılan, süreçlerdeki hataları indirgemek için hiyerarşik seviyelerin azaltılması ve birtakım hizmetlerin dışarıdan temin edilmesi, küçülme, sermaye değerlerinin artırılması gibi kararlar gösterilmektedir. Dışsal nedenlerle alınan kararlara örnek olarak ise satışlarda düşüş, hammaddeye ulaşım sıkıntısı, üçüncü kişi kaynaklı finansman kaybı, dışsal maliyet artışı gibi nedenlere dayalı kararlar gösterilmektedir.²⁰

Türk hukukunda anılan ayrıma ilişkin bir ifadeye İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde "(...)İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir." şeklinde rastlanmaktadır.²¹

İşletme içi veya dışı nedenlerden kaynaklanan işletmesel kararlar salt teorik amaçlarla birbirinden ayrılmaz. Bu iki farklı nedene dayanan ayrı işletmesel kararların ispat kolaylığı eşdeğer değildir. İşverenin, işletme dışında bir nedene dayandığı fesihlerde işletmesel gereklilikleri ispat etmesi daha kolaydır. Ancak işverenin işletme içi bir nedene dayanarak aldığı fesih kararında, işyerinde içsel gereklilikler ile yeni bir organizasyon kurulduğunun ve işçilerin bu sebeple artık çalışma imkanı kalmadığının ispatı daha güç görünmektedir.²²

İşletmesel karara dayanak oluşturan işletme içi neden, işverenin işletme yönetiminin temelini meydana getiren işletmesel politikayı gerçekleştirmek için yapmak durumunda olduğu teknik, ekonomik ve organizasyonel her tür işleme

²⁰ Hromadka/Maschmann, s.469.

²¹ Yücel Bodur'a göre, işletme dışından kaynaklanan sebeplerin sayılmasının ardından gerekçede "(...) gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi" şartına yer verilmesi isabetli olmamıştır. Yazar, işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesini aramanın işletmesel karar alınmasını olanaksız hale getirecek kadar ağır bir şart olduğunu, bu ifade yerine "işyerinde işin sürdürülmesinin makul olmaması" gibi bir şartın aranmasının daha doğru olacağını isabetle belirtmektedir. Yücel Bodur, s.141.

²² Alp, s.94; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3529, K: 2023/3640, T: 13.03.2023; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2018/7535, K: 2018/17709, T: 08.10.2018, (<https://www.lexpera.com.tr/s.e.t.: 20.01.2025>).

işaret eder. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2022 yılında verdiği bir kararında²³ işletme içi nedenleri “İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetmelik karar alma hakkını) kullanmaktadır.” şeklinde açıklamaktadır.

Dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararların da kural olarak işletme içi nedenlerle alınmış kararlar sınıfında olduğu söylenebilir. Dolayısıyla dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar neticesinde yapılan fesihlerde de söz ettiğimiz ispat güçlüğü ortaya çıkacak, işverenin işletme içinde feshi engellemek için hangi tedbirleri aldığına yönelik bir ispat faaliyeti gerçekleştirmesi gerekecektir.

İşletme dışı nedenler ise esas olarak, doğrudan işletme ile ilgisi olmayan her türlü durumu ifade etmektedir. İşletme dışı nedenler; işyerinin veya bir bölümünün kapatılmasına, iş sözleşmelerinin feshine yol açabilecek bir işletmesel kararı etkileyen piyasa olayları olarak açıklanabilir.²⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2019 yılında verdiği bir kararında²⁵ işletme dışı nedenler hakkında, “(...) iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder.” şeklinde tanım ve açıklamalara yer verilmiştir.

İşletme dışı nedenler işletmesel karara ve feshe dayanak oluşturduğunda işverenin, işletme dışı nedenin işletmesine olan etkilerini ispat etmesi gerekecektir.

İşletmesel kararın her zaman işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde etki doğurması ve denetime konu edilmesi gerekmez. İşletme içi nedenlerle alınan işletmesel kararın işçiler için önem arz ettiğini söylemek için bu nedenlerin işyerindeki bir ya da birden çok işçinin çalışma gerekliliğini ortadan kaldırması gerekmektedir. İşletme dışı nedenlerle alınan işletmesel kararların da denetime konu edilmesi işletmede istihdam fazlası yaratmasına bağlıdır.²⁶

²³ Yargıtay 9. HD, E: 2022/3162, K: 2022/4954, T: 20.04.2022; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2009/25352, K: 2010/24213, T: 20.09.2010, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 23.11.2024).

²⁴ Keser, s.403.

²⁵ Yargıtay 9. HD, E: 2019/166, K: 2019/12182, T: 27.05.2019; Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2009/31834, K: 2010/30149, T: 22.10.2010, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 23.11.2024).

²⁶ “İşletme gerekleri sebebiyle fesihte, iş yerinde bir işgücü fazlasının bulunmalıdır. İşgücü fazlasından söz edebilmek için işçinin bugüne kadar yaptığı işi sürdürmesi imkanı ortadan kalkmış olmalı, işçinin başka türlü çalıştırılması imkanı da bulunmamalıdır. Girişim özgürlüğüne dayanan işverenin ekonomik güçlükler sebebiyle veya verimlilik amacıyla aldığı yeniden yapılanma kararı ve bu kararın uygulanması sonucunda bir veya birden çok işçinin o güne kadar yaptıkları iş ortadan kalkar ve bu işçilerin fesih dışında önlemlerle bir başka şekilde çalıştırılması mümkün olmazsa işletme gereği doğar ve işveren fesih kararı alabilir. İşletmesel kararın sebebi ne olursa olsun feshin geçerli olması için, işveren tarafından alınan tedbirin fesih anında gerçekleştirilmiş iş yerinde gözle görülür bir değişikliğin meydana gelmiş ve işçinin edimine ihtiyacı kalmadığının kesinleşmiş olması gerekir. İşveren öncelikle, işletmesel kararın tutarlı

2. Alman Hukukunda İşletmesel Karar Türleri

Türk hukukunda işletmesel karar türlerine ilişkin yargı kararlarında incelemeye konu edilen ve pratik bir önemi bulunan tek ayrımın kararın dayandığı nedene yönelik olduğu görülmekle birlikte, Alman hukukunda farklı ayrımlara yer verildiği görülmektedir.

Alman hukukunda işletmesel kararlar, kararın yöneldiği sonuç ve alınma yöntemi bakımından da sınıflandırılmaktadır. Kararın alınma yöntemine yönelik sınıflandırmalar, kararın nedenine yönelik sınıflandırmalar ile bazı yönden örtüşmekle birlikte, sınıflandırmanın esası ve işletmesel kararlara uygulanacak denetim itibarıyla ayrışır.

Alman hukukunda açıklanan esasa uygun olarak yapılan sınıflandırma, bağlı-bağımsız işletmesel karar ayrımıdır. Bağlı işletmesel karar, doğrudan işverenin şahsi iradesi etrafında şekillenmeyen, irade dışı bir gerekçeye dayanan işletmesel kararları ifade eder. Bağlı işletmesel kararlarda, kararın dayanağı işletme içi veya işletme dışı bir durum olabilir.²⁷ Bağımsız veya kurucu işletmesel karar ise işverenin iradesi çerçevesinde şekillenmektedir.²⁸ Kurucu işletmesel kararlarda temel konu işletme verimliliğini sağlamaktır. İşveren, verimliliğe ulaşmak için işletmesini yeniden yapılandırmaktadır.²⁹ Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu hükümleri bakımından bu ayrım, işverenin kararlara bağlı feshin gerekçesini açıklama yükümlülüğü ve ispat yükü açısından önem arz etmektedir.³⁰

Yargıtayın özellikle 2009 ve 2010 tarihli kararlarında Alman hukukunda benimsenen işletmesel karar ayrımlarına en azından kavramsal olarak yer verdiği görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2009 yılında verdiği bir kararna³¹ konu somut uyumsuzluk işverenin 26 sendika üyesi işçisinin iş sözleşmesini sendikal nedenle feshettiği iddiasına dayanmaktadır. Kararda Yargıtay, işyerinin ekonomik nedenlerle yeniden yapıldığını ve yeniden yapılanma kararının

biçimde uygulandığını ve işçinin o güne kadar gördüğü işin ortadan kalktığını ispatlamak zorundadır.” Yargıtay 22. HD, E: 2017/500, K: 2017/1875, T: 09.02.2017; Aynı yönde; Yargıtay 22. HD, E: 2015/16513, K: 2015/19823, T: 08.06.2015; Yargıtay 22. HD, E: 2013/6548, K: 2013/8356 T: 19.04.2013, (<https://www.lexpera.com.tr/s.e.t.:10.11.2024>).

²⁷ Reiner Ascheid/ Ulrich Preiss/ Ingrid Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2017, KSchG §1, Rn. 454; Gregor Thüsing/ Stephanie Rachor/ Mark Lembke, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 4. Baskı, Haufe, Freiburg, 2018, KSchG § 1, Rn. 670; BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12.

²⁸ Ulrich Tschöpe/ Moritz Kunz, Arbeitsrecht Handbuch, 13. Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2023, s.1513; Martin Henßler/ Heinz Josef Willemsen/ Heinz-Jürgen Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10 Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2022, s.1144; Ulucan, bu kavramların doğrudan çeviri metoduyla Türk hukukuna aktarılması halinde anlamsal karışıklıklara yol açabileceği, bu itibarla söz konusu kavramların yeniden yapılandırma ya da yapısal karar olarak kullanılması gerektiği görüşündedir. Devrim Ulucan, “Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi”, C.12, S.47, 2015, Legal İSGHD, s.54.

²⁹ BAG, 29.08.2013-2 AZR 273/12.; Bertram Zwanziger, “Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Interessenausgleichs mit Nennung der zu kündigenden Arbeitnehmer”, C.45, S.11, 1997, Arbeit und Recht, s.428.

³⁰ Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG § 1, Rn. 454.

³¹ Yargıtay 9.HD, E: 2008/34144, K: 2009/17161, T: 22.06.2009, (<https://legalbank.net/s.e.t.:15.11.2024>).

istihdam fazlası yarattığını belirtmiş, tespitleri sırasında işletmesel kararın kurucu (bağımsız) işletmesel karar niteliğinde olduğunu ve yerindeliliğinin tartışamayacağını vurgulamıştır. Kurucu işletmesel kararın, öğretide ve farklı Yargıtay kararlarında işverenin işletmecisi kimliği ile almış olduğu ve işletme verimliliğine yönelik kararları olarak değerlendirildiği görülmektedir.³²

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2010 yılında verdiği bir kararında³³ bağlı işletmesel karar kavramından söz edilerek yine Alman hukukunda esas alınan bir ayırım benimsenmiştir. Karara göre, ekonomik kriz gibi işveren iradesinden bağımsız bir nedene dayalı iş hacminde daralma, satış ve üretimde düşüş yaşanması sonucu işverenin aldığı iş sözleşmelerini etkileyen kararlar bağlı işletmesel kararlara örnektir. Sektörel şartlar olumlu seyrete dahi işletmesel kararların kötü yönetimden ve dolayısıyla işletme içi nedenlerden kaynaklanması mümkündür. Bağlı işletmesel karara dayalı fesihlerde, yeniden yapılanma kararlarından farklı olarak kararın nedeninin mahkemece inceleme konusu yapılabilmesi mümkündür. Karara dayanak oluşturan nedenin tespitini takiben, işletmeye olan etkisi değerlendirilecektir. Anılan aşamaların ardından yeniden yapılanma kararlarında benimsenen denetim usullerine geçilecektir.

Alman hukukunda sözü edilen işletmesel karar türlerinden biri de işverenin açıkça ifade etmediği kararlar olarak tanımlanan örtülü veya gizli işletmesel karardır.³⁴ Örtülü işletmesel kararda işveren, iş sözleşmelerini etkileyecek kararı alırken işyerindeki işçi sayısını fiili ihtiyaca uygun hale getirme niyetiyle hareket etmekte ancak kararına dayanak olarak işletme dışı bir nedeni göstermektedir.³⁵ İşverenin bir nedeni açık bir biçimde işletmesel kararına dayanak olarak gösterdiği ve işyerinde yapılan fesih işlemlerinin gerekçesi olarak benimsediği durumda, işletmesel kararın bağlı nitelik kazandığı kabul görür. Nedenin bağlı nitelik kazanmasından kasıt, işverenin kendisini bu nedenle bağlamış olması ve artık başkaca bir nedene dayanamayacak olmasıdır. İşveren, kendisini açıkça bir nedene bağlı bırakmamak adına işçilerin işten çıkarılmasına neden olan gerçek bir iradeyi ortaya koymaktan kaçınabilecektir. İşletmesel nedenin açıkça gösterilmediği ve işletme dışında bir duruma dayanıldığı ihtimalde işveren, kendisini bağlamaktan kurtulur.³⁶

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2016 yılında verdiği bir kararında³⁷ örtülü işletmesel kararı, işverenin işçi sayısını mevcut ihtiyaca uygun hale getirmek için açıkça gerekçesini ifade etmeden aldığı karar olarak tanımlamış, işletmesel kararın mevcudiyetinin fesih için gösterilen sebepten çıkarılacağını ve ortaya çıkarılan işletmesel kararın yerindeliliğinin denetlenemeyeceğini ifade etmiştir.

Öğretide, Türk hukuku açısından Alman hukukunda benimsenen ayırımların pratik bir faydasının olmadığı, dahası bu kavramların kullanılmasının

³² Engin, s.48.

³³ Yargıtay 9.HD, E: 2009/41815, K: 2010/37214, T: 10.12.2010, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 19.11.2024).

³⁴ BAG, 19.05.1993 - 2 AZR 584/92.; Rütger Boeddinghaus, "Die alte und neue Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung", C.49, S.1, 2001, Arbeit und Recht, s.9.

³⁵ Boeddinghaus, s.9; Yücel Bodur, s.144.

³⁶ Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, KSchG § 1, Rn. 226-233.

³⁷ Yargıtay (Kapatılan)7.HD, E: 2015/35555, K: 2016/1692, T: 28.01.2016. (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 04.12.2024).

daha büyük karışıklıklara yol açabileceği ileri sürülmektedir.³⁸ Anılan görüşe göre, gizli işletmesel karar işletme dışı sebeplerin feshe dayanak oluşturmamasından farksızdır. İşverenin faaliyet yürüttüğü piyasada gelecekte ortaya çıkabilecek değişikliklere karşı alacağı önlemler, işletmesel kararın temel nedeni olarak açıklanmaya değer değildir. İşverenin gizlemiş olduğu niyeti de temelde bir işletmesel karar olarak, diğer kararlar gibi denetlenecek ve hakkın kötüye kullanılması kuramı etrafında değerlendirilecektir. Dolayısıyla bu ayrımlar, işverenlerin doğrudan muvazaaya dayandığı yönünde yanlış anlaşılmaya yol açabilecektir.³⁹ Alman hukuk uygulamasında da ayrımların terkine doğru bir eğilim olduğu görülebilir.⁴⁰

II. DIŞ KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARAR

A. TÜRK İŞ HUKUKUNDA DIŞ KAYNAK KULLANIMI

İşverenin aldığı işletmesel kararların işyerinde dış kaynak kullanımı metoduna yönelik olması mümkündür. İşverenin dış kaynak kullanımı sonucu yapacağı yeniden organizasyon işletmesel karar kavramı ile örtüşür.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında⁴¹, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar üzerinden değerlendirmeler yapmıştır. Karara konu somut olayda, davalı bankada “kurumsal projeler ve satış sonrası hizmetler müdürü” olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçersiz feshedildiği, fesihte son çare ilkesine uyulmadığı iddiasındadır. Davalı banka ise, feshin işyeri ve işin gereklerinden kaynaklandığı, şirketi feshe yol açacak işletmesel kararları almaya zorlayan nedenlerin herkesin malumu olduğu savunmasını yapmakla birlikte, söz konusu nedenlerin şirkette küçülme, bazı birimlerde dış kaynak kullanımından yararlanılması ve birimlerin kapatılması yönünde işletmesel kararlara şirketi zorladığı iddiasındadır. İlk derece mahkemesi, işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığı ve feshin son çare olma ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. İstinaf yargılamasında ise, bankanın birtakım gerekçelerle devredildiği Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun güvenebileceği bir yönetimle devam etme isteği ve ekonomik gerekçelerle bazı birimleri küçülttüğü, bu yönde bir işletmesel karar alınmasının mümkün olduğu yönünde karar verilmiştir. Yargıtay konuya ilişkin değerlendirmelerine işletmesel kararın niteliği ile başlamış; işletmesel nedenle yapılan fesihte yargısal denetim için işletmesel kararın varlığının gerektiğini vurgulamış ve belirli faaliyetlerin başka firmalara veya alt işverene aktarılması olarak tanımladığı dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararları işletme içi nedene dayalı işletmesel karar olarak

³⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.680.

³⁹ Ulucan, s.56.

⁴⁰ Alman Federal İş Mahkemesine göre, işletme içi nedenlere dayalı fesih işlemi ile ilgili olarak tartışmaya değer husus azdır. İşletme dışı nedenlere dayalı fesih konusunda ise, “gizli girişimci kararı” veya “bağlı karar” kavramları etrafında tartışmalar sürmektedir. Oysa, söz edilen kararların her biri yine işletmesel karar ya da girişimci karardır. Bu nedenler yalnızca, işverenin çalışma koşullarının ortadan kaldırıldığına yönelik vereceği kararın motivasyonudur. Hukuki odak noktasının kararların denetimi olması gerekir. BAG, 24.02.2005, NZA 2005, 867.868.

⁴¹ Yargıtay 9. HD, E: 2022/3162, K: 2022/4954, T: 20.04.2022, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 06.12.2024).

değerlendirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre işverenin işletme içi nedene dayanarak yaptığı feshlerde işletmesel kararın amaca uygunluğunu veya gerekliliğini ispat etmesine gerek yoktur. İşverenin, işletmesel kararı sonucu işçilerin iş ilişkisinde etkilenmemesi için ne gibi tedbirler aldığını ve işletme içi nedenin etkilerini ortaya koyması gerekecektir. Somut olayda dış kaynak kullanımına yönelik karar uyarınca işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olmakla birlikte işçinin çıkarıldığı pozisyon için işçi teminine devam edilmesi işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığını göstermektedir. Kararda sayılan gerekçeler üzerinde durularak feshin geçersizliğine hükmedilmiştir.

İşverenin, ekonomik veya yönetsel birtakım gerekçelerle aldığı işletmesel kararı sonucu alt işverenlik ilişkisi kurması mümkündür. Alt işverenlik kurumunun, iş hukukunda dış kaynak kullanımı metotlarından biri olduğu söylenebilir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği bir kararında⁴² işyerinin bir bölümünde yürütülen faaliyetin dış kaynak kullanımı sonucu alt işverenlik eliyle görülebileceği vurgulanmış ve alt işverenlik ilişkisine yönelik işletmesel kararın yalnızca fesh yönünden değil, muvazaa ve alt işverenliğin kurucu unsurları bakımından da denetleneceği ifade edilmiştir.

Türk iş hukukunda işverenin tek dış kaynak kullanımı metodunun alt işveren ilişkisi kurmak olduğu söylenemez. İşletmesel karar ile zarar eden birimi kapatarak, tamamen işletme yönetimi ve coğrafi alanı dışına çıkararak doğrudan hizmet temini yoluna gidilmesi de mümkündür. Anılan durumda dış kaynak kullanımına başvuran işveren, ilgili birimdeki faaliyeti tamamen dışarıdan hizmet sağlayıcıya bırakmakta ve daha önce ilgili birimde çalışan işçilerinin iş akdini feshetmektedir. Yargıtay kararlarında bu ihtimalin de dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar olarak değerlendirildiği ve işçilerin iş sözleşmelerine müdahale ettiği ölçüde denetlendiği kabul edilmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği bir karara⁴³ konu uyuşmazlıkta bir kumaş-tekstil fabrikasının boyahane biriminde kompaktör operatörü olarak görev yapan davacının iş sözleşmesi, ilgili birimin söz konusu hizmetin dışarıdan alınmasına karar verilmesi neticesinde kapatılması sonucu feshedilmiştir. Davacı işçi son çare ilkesine uyulmaması karşısında işe iadesini talep etmiştir. Davalı işveren, ekonomik şartlar neticesinde işyerinde küçülmeye gitmek durumunda olduklarını ve ilgili birimi kapatarak söz konusu hizmet için dış kaynak kullanma yönünde işletmesel karar aldıklarını beyan etmiştir. Yüksek Mahkeme, öncelikle işletmesel kararın yerindeligi ve amacının denetime konu edilemeyeceğini ancak kararın tutarlı bir biçimde uygulanması gerektiğini belirtmiş ve somut olayda işverenin ilgili birimi kapatmasının ardından işe alımları sürdürerek işletmesel kararı tutarlı bir biçimde uygulamadığına hükmetmiştir.

Dış kaynak kullanımı için Türk iş hukukunda tartışılan metotlardan bir diğeri de moto-kurye modelidir. Esnaf kurye olarak da adlandırılan bu çalışanlar, dijital platformlar üzerinden teslimat yapmaktadır. Esnaf kurye istihdam metodu, *crowdsourcing-crowdwork* olarak adlandırılan kitle kaynak kullanımı

⁴² Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2018/8482, K: 2018/15363, T: 20.06.2018, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 06.12.2024).

⁴³ Yargıtay 9. HD, E: 2018/4441, K: 2018/14903, T: 18.06.2018, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 11.12.2024).

modeline işaret etmektedir.⁴⁴ Anılan dış kaynak kullanımı metodunda işveren, daha önce kendi işçisi ile yürütmekte olduğu motorlu kurye hizmeti için, bağımsız kuryelerin bir arada olduğu bir platform ile anlaşmakta ve bu hizmeti onlardan temin etmektedir. Bu çerçevede, daha önce işyerinin kendi işçisi ile yürütülen birimin kapatılması sonucu kuryelik işinin hizmet alım metoduyla gördürülmesi sağlanmaktadır. Yargıtay kararlarında, bu metodun tercihi ile dış kaynak kullanım yönünde karar veren işverenlerin yaptığı fesihler de yine işletmesel karar çerçevesinde değerlendirilmekte ve denetlenmektedir.⁴⁵

İşverenin dış kaynak kullanımı uygulamalarına başvurması yönündeki işletmesel kararı sonucunda yapacağı fesihlerde norm kadro uygulamalarına da rastlamak mümkündür. Norm kadro, bir işletme ya da işyerinin sahip olduğu teknik ve ekonomik amaca ulaşabilmek için kullandığı mevcut teknolojinin gereklilikleri de gözetilerek istihdam edilmesi gereken çalışan sayısını ifade eden bir kavramdır. Bu uygulama ile işveren, işyerinde gerekli çalışan sayısını tespit etmekle birlikte gereksiz istihdamın önüne geçmiş olmaktadır.⁴⁶ Norm kadro yönteminde, birbirine benzer nitelikteki görevlerden meydana gelen yapı, amaca göre bir tip halinde düzenlenmekte ve kendi aralarında sınıflandırılarak halihazırda bir çalışanın bulunmadığı kadrolar da objektif bir biçimde belirlenerek norm haline getirilmektedir. Objektif belirleme faaliyeti, işletmenin genel ihtiyaçları ve kullanmış olduğu teknolojiler çerçevesinde yapılmaktadır.⁴⁷ Yargıtay kararlarında norm kadro uygulamasının da dış kaynak kullanımına yol açabileceği ya da dış kaynak kullanımı sonucu ek olarak norm kadro uygulamasının da yapılabileceği kabul edilmektedir.⁴⁸

B. ALMAN İŞ HUKUKUNDA DIŞ KAYNAK KULLANIMI

Dış kaynak kullanımı kavramı, Alman hukukunda açıkça kanuni bir düzenlemeye konu edilmemiştir. Bununla birlikte, işletmelerin dış kaynak kullanımı metoduna çeşitli biçimlerde başvurması da iş hukuku özelinde yasaklanmamıştır.⁴⁹ Dış kaynak kullanımına yönelik tercihin bir işletmesel karar

⁴⁴ Hazal Tolu Yılmaz, Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2023. s.26.

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği bir kararına konu uyuşmazlıkta bir ecza deposu işyerinde moto-kurye olarak çalışan davacı işçinin iş akdi işletmesel karar neticesinde feshedilmiştir. Davacı, işyerinde ekonomik küçülmeye yönelik gerekçelerin gerçek olmadığı, aksine depoda istihdam fazlalığı olduğu iddiasıyla işe iadesini talep etmiştir. Yargıtay, işletme içi bir nedene dayanarak yapılan fesihlerde işyerindeki istihdam fazlasının ispatlanması gerektiğini, istihdam fazlası meydana getiren tedbirlere yönelik kararların sürekli ve kalıcı bir biçimde uygulanması gerektiğini belirtmiş; somut olaya ilişkin değerlendirmede işletmesel karar öncesi ve sonrası işçi alım verilerinin irdelenmediği gerekçesiyle eksik incelemeden bozma kararı vermiştir. Yargıtay 9. HD, E: 2018/4502, K: 2018/22900, T: 11.12.2018, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 13.12.2024).

⁴⁶ Hikmet Timur, "Norm Kadro Saptama Teknikleri ve Norm Kadro Kılavuzunu Hazırlama Yöntemi", C.22, S.2, 2004, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s.203.

⁴⁷ Keser, s.440.

⁴⁸ Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/41876, K: 2017/22904, T: 25.10.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 11.01.2025).

⁴⁹ International Labour Organization, National Reports on Outsourcing, XVth Meeting of European Labour Court Judges, Erfurt, Almanya, 2007, s.11 ; BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11.

olduğu Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da kabul görmektedir. Kararın denetimi de genel anlamda işletmesel kararın denetimine tabidir.⁵⁰

Alman hukukunda dış kaynak kullanımı kavramı, Türk hukukunda ve Yargıtay kararlarında benimsendiği ölçüde geniş değerlendirilmemektedir. Dış kaynak kullanımı, işletmenin içsel üretim süreçlerinde bulunmakta olan, ancak temel nitelik taşımayan bir faaliyetin alanında uzmanlaşmış bir üçüncü kişi konumundaki kuruluşun tedarik edilmesi anlamına gelmektedir.⁵¹ Karar verilen ana kadar işletme içerisinde ve işletme kaynaklarıyla elde edilen üretim çıktısı kararlarla birlikte dışarıdan temin edilmektedir. Örnek olarak, veri işleme hizmetini daha önce işyerinde kendi işçileri ile gören işverenin ilgili birimi kapatması ya da devretmesi neticesinde artık bu hizmeti dışarıdan temin etmesi gösterilmektedir.⁵² Söz edilen tanım ve açıklamalar çerçevesinde Alman iş hukukunda işletmede başvurulacak dış kaynak kullanımı metodu için iki temel usul öngörülmektedir. İlk usul, işletmenin ilgili faaliyetlerini ayırma ve/veya aktarma olarak açıklanmaktadır.

İşletmenin faaliyetini ayırma usulünde, işveren işyerindeki bir birimde üretilen bir hizmeti dış kaynak kullanımı yoluyla temin etmeye karar verdiğinde; bu birimi üçüncü bir kişiye aktarır ya da ilgili birimi kapatarak doğrudan ondan temin etmeye karar verir. İşveren ya ilk ihtimali tercih ederek işyerinin devri yoluna gidecek ve ilgili bölümü devredecektir ya da birimi kapatarak iş sözleşmelerini sona erdirecektir. İşveren ikinci ihtimali seçerek işyerindeki bir bölümü kapatma yönünde işletmesel karar aldığında, işletmesel kararı Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSChG) § 1 çerçevesinde denetlenir.

İşverenin ilk ihtimali seçmesi beraberinde yine başkaca sonuçlar doğurabilir. İşveren, işyerinde daha önce faaliyetini kendisi yürüttüğü bir hizmeti, salt hizmetin bırakılması biçiminde başkaca bir kimseye devrettiğinde burada artık Alman hukukunda yasal olarak tanımlanmamış bir alt işverenlik müessesesi gündeme gelir. Alt işveren kavramı Alman hukuku öğretisinde, asıl işverenin işletmesinin bir kısmında veya asıl işverenin uzmanlık isteyen bir işinde eser ya da hizmet sözleşmesi altında kendi işçileri ile işin yapılmasını üstlenen hukuk süjesi olarak tanımlanır.⁵³

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin genellikle eser sözleşmesine dayandığı yönünde görüş dış kaynak kullanımı teorisine de uygun görünmektedir. İşveren, daha önce kendi bünyesinde görmekte olduğu bir işi, ilgili birimdeki maddi olan veya olmayan unsurları, doğrudan ekonomik birliğini koruyacak bir biçimde devretmeksizin başkaca bir kimseye eser sözleşmesi yoluyla gördürmeye başladığında alt işverenlik mevcut olacaktır. Yasal bir düzenlemeye konu edilmemiş alt işverenlik kurumu Türk hukukuna kıyasla daha geniş yorumlanabilmektedir. Örneğin, Alman hukukunda alt işverenin üstlendiği işleri kendi işçileri ile birlikte asıl işverenin işyerinde görmesi aranmaz. Dahası,

⁵⁰ BAG, 02.03.2006 - 2 AZR 23/05.

⁵¹ Hromadka/Maschmann, s.470.

⁵² ILO, s.11.

⁵³ Gerrick von Huene-Hoyningen, "Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?", S.25, 1985, Betriebs-Berater, s.1670-1671.

Alman hukukunda çoğunlukla asıl işverenenden alınan işin alt işverenin kendisine ait işyerinde yapılması esastır.⁵⁴

Alman hukukunda, işverenin işyerindeki bir faaliyeti devre konu etmeden başka bir kimseye gördürmesi şeklinde ortaya çıkan dış kaynak kullanımı metodu her zaman alt işverenliğe de yol açmaz. Alman hukukunda, alt işverenlikten daha dar bir anlama sahip olan, tali müteşebbis ilişkisi olarak dilimize çevrilebilecek *subunternehmerverhaeltnis* ilişkisi de bir dış kaynak kullanımı metodudur.⁵⁵ Alman öğretisinde kabul edilen bu hukuki ilişki de alt işverenlikte olduğu gibi mevzuatta düzenlenmemiştir. Anılan yöntemde, bir işi ısmarlayan kimseye karşı işi kendisi gerçekleştirmek üzere üstlenen asli müteşebbis (*hauptunternehmer*) ve taahhüdünü asli müteşebbise yönelten tali müteşebbis bulunur. Tali müteşebbis, asli müteşebbisin eser sözleşmesi ile işi ısmarlayana karşı üstlenmiş olduğu işin bir kısmını, asli müteşebbisle gireceği sözleşme ilişkisi çerçevesinde kendi işçileri ile tamamlamayı üstlenmektedir. Sonraki işveren olarak da adlandırılan bu işverenlerle kurulan ilişkilerin, alt işverenlik ilişkisi kurması veya aksi mümkündür. Bir alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için arada bulunacak üçüncü bir kişiye ihtiyaç yoktur. Hatta anlatılan metot ile alt müteşebbis olarak arada bulunan kimse dış kaynak kullanımına başvurmaktadır.

Alman hukukunda yasal bir temeli bulunmayan alt işverenlik ilişkisinde müteselsil sorumluluktan da söz edilemez. Alt işveren, asıl işverenin ancak Alman Medeni Kanunu (BGB) § 278 kapsamında ifa yardımcısı olarak değerlendirilebilir.⁵⁶ Anılan hükme göre borçlu, kanuni temsilcisinin ve bir borcun ifasında kullandığı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olacağından Alman hukukunda ifa yardımcısının eyleminden doğan sorumluluk bağımsız bir sorumluluk olarak görülmez. Bu sorumluluk ancak; ifa yardımcısının davranışının borçluya isnat edildiği bir isnat sorumluluğu niteliğindedir.⁵⁷

Alman hukukunda dış kaynak kullanımı yönünden tek yöntem alt işverenlik değildir. İşveren, devre konu olan alanı tamamen kendi organizasyonundan ayırarak başka bir işverene geçirebilir ve bu işlemi gerçekleştiren ayırdığı bölümü ekonomik birliğini muhafaza edecek biçimde başka bir kişiye devredebilecektir. Bu yöntemde, BGB § 613a'da düzenlenen işyeri devri ilişkisi mevcut olacaktır. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere anılan hüküm işçiyi koruyucu nitelik taşımaktadır.

⁵⁴ İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.278.

⁵⁵ Ercan Akyiğit, "Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk", S.20, 2010, Sicil İHD, s.216.

⁵⁶ von Huene-Hoyningen, s.1670.

⁵⁷ Thomas Pfeiffer, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band. 3/2, Schuldrecht 1/2, §243-304, 13. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2014, §278 BGB, Rn.1. Borçlunun farazi kusurunun aranması, ifa yardımcısının eyleminden doğan sorumluluk hükmünü bir kusur sorumluluğu haline getirmemektedir. Alt işverenin, asıl işverenin ifa yardımcısı gibi görünmesi; alt işveren işçilerinin alacakları bakımından asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu hukuken imkansız kılar. Zira BGB §278 hükmünün uygulanabilmesi borçlu ile zarar gören arasındaki bir akdi borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Oysa alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında bir akdi ilişki söz konusu değildir.

Hükmün esasını oluşturan işyeri kavramı işçi lehine ve geniş yorumlanmalı, işçilerin iş sözleşmelerinin devamına yönelik iradeye ağırlık tanınmalıdır.⁵⁸

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da işyeri devri kavramında benzeri bir yorumun esas alındığı görülmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanının Süzen⁵⁹ ve Schmidt⁶⁰ kararları öncesinde BGB § 613a anlamında işgücü, işyerinin unsurları arasında sayılmamaktaydı. Bu kararlar sonrasında Alman Federal İş Mahkemesi, kimi işler açısından işçilerin devrini de işyeri devrinin göstergesi olarak değerlendirmektedir.⁶¹

İşyeri devrinin esasına ve işgücünün işyeri unsurları arasında sayılmasına yönelik kararlar işyerinin veya bir bölümünün kapatılması ile işyeri devri arasındaki farklılığın belirlenmesine yardımcı olabilir. İşyerinin organizasyon olarak değerlendirildiği görüş çerçevesinde, işveren tarafından alınan işletmesel karar sonucu ilgili işletme, organizasyonel olarak tasfiye edilmemiş, varlığını sürdüren bir yapıda ise burada artık işyeri devrinden söz etmek gerekecektir.⁶² Ancak işyeri organizasyonunun ve bu organizasyonu sürdüren işçi grubunun tasfiye edilmesi, bizi işyerinin bölümünün kapatıldığı sonucuna götürecektir. İşveren, işyerinin ilgili biriminin kendi kontrolünden farklı olarak varlığını sürdürmesini engelleyecek biçimde işçileri ihbar süresi vererek işten çıkartmışsa, işyeri için yaptığı kira sözleşmesini sona erdirmişse, işyerindeki araç gereci satıp, faaliyetleri kesin olarak sona erdirmişse işyerini veya ilgili bölümünü kapatmış demektir.⁶³

Kapatma ile işyeri devri arasındaki farkın, işçilerin daha sonra hak kaybına uğramaları adına net bir biçimde ortaya konması önem taşımaktadır. Aralarında devir işlemi gerçekleştirecek tarafların anlaşması suretiyle bölümün kapatılmış gibi gösterilerek, işçilerin devralan tarafından daha kötü şartlarla işe alınması ihtimal dahilindedir. Öncelikle işyeri devri ve işyeri bölümünün kapatılmasının birbirini dışlayacak iki kavram olduğu belirtilmelidir.⁶⁴ Her iki kavram arasındaki farkı ortaya koyan ölçütlerinden biri zamandır. Faaliyete kısa süreli bir ara verilmesi bizi işyeri devri olgusuna yaklaştırır. Kısa süre sonrasında, ekonomik birliğini koruyan yeni yapı, kimliğini koruyacak şekilde faaliyetini

⁵⁸ BAG, 25.02.1981- AP No. 24 zu § 613a BGB.

⁵⁹ Karara konu olayda ortaokulun temizlik işlerini yürüten bir şirkette çalışan Ayşe Süzen'in iş sözleşmesi okul ile temizlik şirketinin sözleşmesinin sona ermesini takiben feshedilmiştir. Süzen'in iş ilişkisinin sona ermediği iddiası üzerine açtığı davada ABAD; işten çıkarılan işçilerden birinin, okulun yeni anlaştığı şirkette işe alınması ve faaliyetin de aynı okulda yürütülüyor olması sebebiyle, ekonomik birliğin kimliğinin, gerektiğinde işgücü, iş organizasyonu ve mevcut işyeri vasıtalarında ortaya çıkacağını belirterek Süzen'i haklı bulmuştur. ABAD, C-13-95, Süzen, 11.03.1997, Para 18.

⁶⁰ Karara konu olayda bir Tasarruf ve Ödünç Sandığı, bünyesinde çalışan temizlik işçisi Schmidt'in iş sözleşmesini feshetmesinin ardından bu işi bir temizlik şirketine devretmiştir. İş alan temizlik şirketi de Schmidt'e aynı ücretle işyerinde çalışması için teklif götürmüştü ancak işçi, çalışma sürelerinin artmasından dolayı teklifi reddetmiş ve feshin geçersizliği iddiasıyla dava açmıştır. ABAD, işyerine ilişkin bir araç devredilmemiş olsa dahi faaliyetin kimliğin korunduğuna hükmetmiş ve işyerinin devrinin varlığına karar vermiştir. ABAD, 14.04.1994., C-392/92.

⁶¹ BAG, 22.5.1997 AP No. 154 zu § 613a BGB.

⁶² Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, BGB 230, § 613a, Rn. 57.

⁶³ Doğan Yenisey, s. 200. BAG, 16.05.2002- NZA 2/2003, para. III, 1.

⁶⁴ Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, BGB 230, § 613a, Rn. 56.

sürdürdüğünde işyeri devrinin varlığından söz edilebilir.⁶⁵ Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da işyeri devri olgusu ile işyerinin kapatılması kıyaslanırken zaman unsurunun değerlendirilecek ölçütler arasında sayıldığı görülmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında işyeri devrine (ya da kapatılmasına) konu olan sektörün özellikleri, işyerindeki unsurların tasfiyesi, müşteri çevresinin işleme konu olması gibi unsurlar değerlendirilmektedir.⁶⁶

Alman hukukunda, işverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı sonrasında ilgili birimi devretmesi halinde işyeri devrinin varlığından söz edebilmek için ilgili birimin maddi olan ve olmayan tüm unsurlarının yeni işverene devredilmesi yönünde bir gereklilik aranmamıştır. Bunun için, ilgili birimin teknik amacını gerçekleştirmesini sağlayacak esaslı unsurlarının devri yeterli görülmektedir.⁶⁷ Anılan Adalet Divanı kararları sonrasında Alman hukukunda işyeri, tamamen bir organizasyon olarak görülmeye başlanmış; bu çerçevede organizasyonun faaliyetine devam edip edemediği işyeri devri açısından değerlendirmeye konu edilmiştir.⁶⁸

Alman hukukunda işyerinin devrini ve devrin hukuki sonuçlarını düzenleyen BGB § 613a hükmü uyarınca yeni işveren, devir anında mevcut iş sözleşmelerinde devreden işverenin taşıdığı tüm hak ve borçları üstlenmiş olacaktır.⁶⁹ Dolayısıyla, işçiler açısından dış kaynak kullanımının büyük bir sorun yaratacağı, istihdam haklarını engellemiş olacağı ve işyeri devrine yönelik işletmesel kararın, işletmesel kararla yapılan fesihler gibi denetime alınması gerektiğinden söz edilemez.

BGB § 613a hükmüne göre, işyerinin devri anında mevcut olan ve devralan işverene geçen iş ilişkilerinden, işyerinin devrinden önce doğan ve devir tarihinden itibaren bir yıl içinde muaccel olacak olan alacaklardan devralan işverenin yanında devreden işveren de müteselsilen sorumludur. Buradaki sorumluluğun, Türk hukukundaki düzenlemeden farklı bir yanı da bulunmaktadır. Alman hukukunda devirden önce doğan borcun, devir anında muaccel olması aranmamış; devir tarihinden itibaren bir yıl içinde muaccel olması da yeterli görülmüştür. Alman hukukunda, Türk hukukuna göre daha geniş koruma sağlanan bir diğer alan da devreden işverenin sorumluluğunun süresidir. Türk hukukunda devreden işverenin birlikte sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı iken Alman hukukunda, bu yönde bir süre sınırlandırması yoktur (BGB § 613a/2).

Alman hukukunda, dış kaynak kullanımına yönelik kararın alınma usulleri de farklılık taşımaktadır. Alman hukukunda, Alman İşyeri Teşkilatı Kanunu (BetrVG) çerçevesinde işyerlerinde örgütlenmelerini gerçekleştiren işyeri kurulu (*Betriebsrat*) adında işçi toplulukları bulunur. İşyeri kurulunun, işverenin dış kaynak kullanımını engelleyebilecek özel bir yetkisi bulunmamakla birlikte müdahil olabildiği bir alan bulunmaktadır. Öncelikle BetrVG § 90 uyarınca işverenin, işyeri kurulunu bilgilendirmesi gereken bazı durumlar mevcuttur.

⁶⁵ Doğan Yenisey, s.216.

⁶⁶ BAG, 22.05.1997, AP No. 154 zu § 613a BGB.; Aynı yönde; LAG Saxony-Anhalt, 20.07.2011, 4 Sa 442/10.

⁶⁷ BAG, 29.11.1975, AP No. 2 zu § 613a BGB.

⁶⁸ Müller-Gloge/ Preis/ Schmidt, BGB 230, § 613a, Rn. 50.

⁶⁹ Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.326.

İşveren, işyeri kurulunu; işyerlerinin, ofislerin ve kuruluşa ait diğer binaların inşası, değiştirilmesi veya genişletilmesi, teknik tesisler, yapay zeka kullanımı da dahil olmak üzere çalışma prosedürleri ve operasyonları konusunda sahip olduğu planlar hususunda vaktinde bilgilendirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, dış kaynak kullanımı metodunun tercihi yönündeki planları bakımından da işyeri kurulunu bilgilendirecektir. Buna ek olarak BetrVG § 111 hükmüne göre, işyeri kurulu ekonomik ve organizasyonel konularda katılım ve ortak karar alma hakkına da sahiptir. Hükme göre, yirmiden fazla çalışanın oy hakkına sahip olduğu işyerlerinde işveren, çalışanların büyük bir bölümüne zarar verebilecek önemli değişiklik önerilerini zamanında ve eksiksiz olarak işyeri kuruluna bildirmek ve önerilen değişiklikler konusunda işyeri kuruluna danışmak zorundadır. Önemli değişiklik ise hükümde; işletmenin tamamında veya önemli bölümlerinde faaliyetlerin azaltılması veya kapatılması, işletmenin tamamının veya önemli bölümlerinin devredilmesi, diğer işletmelerle birleşme veya işletmelerin bölünmesi, işletmenin organizasyonu, amacı veya tesisindeki önemli değişiklikler, tamamen yeni çalışma yöntemlerinin ve üretim süreçlerinin uygulamaya konulması şeklinde sıralanmıştır. Dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar, hükümde sayılan kararlar ile örtüşebileceğinden prosedürün işletilmesi gerekebilir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da bu hususa vurgu yapılmaktadır.⁷⁰

III. DIŞ KAYNAK KULLANIMINA YÖNELİK İŞLETMESEL KARARIN DENETİMİ

A. İŞLETMESEL KARARIN DENETİMİ

İşletmesel kararın denetimi, kararın alınma gerekçe ve yöntemi ile kararın sonuçları kadar önem taşımaktadır. Zira, işletmesel kararın denetimi neticesinde bu karara bağlı sonuçların, özellikle bu karar neticesinde meydana gelen fesihlerin geçersizliği gündeme gelebilecek ve belki de işletmesel kararlar hedeflenen sonuca ulaşılamayacaktır. Kararların denetimi için tercih edilen usullerin objektif bir biçimde ortaya konması, bu kararlarla hedeflenen sonuçların gerçekleşmesi açısından önemlidir.

İşveren, Anayasal girişim özgürlüğüne dayalı işletmesel karar alma özgürlüğünü dilediği gibi kullanabileceğinden kural olarak bu kararın üzerinde herhangi bir denetim mekanizmasından söz edilemez. Yargıtay kararlarında⁷¹ da “İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.” şeklinde açıklamalara yer verilerek; işveren tarafından alınan işletmesel kararların kural olarak yargı denetimi dışında tutulduğu, ancak bu kuralın istisnasının işverenin hukuk düzeni tarafından belirlenmiş sınırların dışına çıkması hali olduğu ifade edilmiştir. Bir

⁷⁰ BAG, 18.11.2003 - 1 AZR 637/02.

⁷¹ Yargıtay 9. HD, E: 2022/3162, K: 2022/4954, T: 20.04.2022, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 18.12.2024).

başka Yargıtay kararında⁷² da mahkemece; işletmesel kararın işletmeye zarar verip vermediği, mantıklı olup olmadığı gibi denetim mekanizmaları çerçevesinde yerindelik denetimi yapılamayacağı ve kararın hatalı olmasına dayanarak feshin geçersizliğine hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir.⁷³

İşletmesel karar verme hakkının da her hak gibi kötüye kullanımı mümkündür. Bu itibarla işletmesel kararın TMK m.2 uyarınca denetimden geçirilmesi gerekmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında⁷⁴ işveren tarafından yeniden yapılanmaya gidilmesinin işletmesel bir karar olduğunu ve kötüniyet taşımadıkça yargı denetimine konu edilmeyeceğini belirtmiştir.

İşletmesel kararın, karar türüne uygun olarak farklı denetimlerden geçirilmesi de mümkündür. İşverenin dış kaynak kullanımına başvurarak alt işverenlik metodunu tercih etmesi halinde almış olduğu karar, kanunun alt işverenlik kurumuna ilişkin hükümleri ve genel muvazaa hükümleri çerçevesinde denetlenir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de konuya ilişkin kararında⁷⁵ asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasına yönelik kararın bir işletmesel karar olduğunu belirterek, kararın denetimi için hem işletmesel karara ilişkin ilkelerin hem de alt işverenliğe ilişkin kanuni ilkelerin gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu çerçevede, muvazaaya dayanan bir karar çerçevesinde kurulan alt işverenlik ilişkisinin korunması, işletmesel karar olduğu gerekçesi ile yargı denetimine tabi tutulamaması gibi bir durum düşünülemez. Yargıtay, dış kaynak kullanımı amacıyla alt işverenlik ilişkisi kurulduğu durumda ileri sürülen muvazaa iddialarını incelemekte ve bu iddiaları sonuçlandırarak uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır.⁷⁶

⁷² Yargıtay 9. HD, E: 2019/166, K: 2019/12182, T: 27.05.2019, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 24.12.2024).

⁷³ İşletmesel kararın kural olarak denetim dışında bırakılması, işletme rizikosuna ile ilişkilidir. İşveren, girişim özgürlüğü kapsamında işletmesinde nasıl bir teknoloji ile teknik amacı gerçekleştireceğini kendisi karara bağlamaktadır. Özgürlüğünün karşılığı olarak işletmesinde meydana gelecek ekonomik rizikolara da kendisi katlanacaktır. İşverenin ekonomik rizikosuna kendisinin katlanması karşısında, kararlarının mahkemece değiştirilebileceği düşünülmemelidir. Dolayısıyla işveren tarafından yapılan fesih, hatalı bir işletmesel karara dayandığı gerekçesiyle geçersiz kılınmaz. Kar, s.108; Köme, 2009, s.150. Yargıtay kararlarında da mahkemece işletmesel karara doğrudan müdahale edilmesi anayasal girişim özgürlüğüne aşırı müdahale olarak değerlendirilmiştir. Nitekim 9. Hukuk Dairesi 2007 tarihli bir kararında, davalı işverenin artan fiyatları gerekçe göstererek fabrikasında amonyak üretim birimini kapatması ve tedariki dış kaynak kullanımı metodu ile sağlaması sonucu yaptığı fesihler için işletmesel kararın amacının denetimin kapsamı dışında kaldığına hükmetmiştir. Yargıtay 9. HD, E: 2007/28108, K: 2007/27809, T: 24.09.2007, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 23.11.2024).

⁷⁴ Yargıtay 9. HD, E: 2005/19990, K: 2005/23905, T: 06.07.2005, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 24.12.2024); Aynı yönde; İstanbul BAM 30. HD, E: 2023/672, K: 2023/906, T: 18.05.2023; İstanbul BAM 28. HD, E: 2020/2551, K: 2020/2362, T: 31.12.2020, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 10.01.2025).

⁷⁵ Yargıtay 9. HD, E: 2008/40264, K: 2008/31891, T: 24.11.2008, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 18.12.2024); Aynı yönde; Bursa BAM 3. HD, E: 2018/1187, K: 2018/1552, T: 30.05.2018, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 20.01.2025).

⁷⁶ Yargıtay 9. HD, E: 2011/6396, K: 2011/2628, T: 14.02.2011, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 18.12.2024); Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2016/13486, K: 2017/9424, T: 01.06.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 10.01.2025).

B. İŞLETMESEL KARARA DAYALI FESHİN DENETİMİ

1. Türk Hukukunda İşletmesel Karara Dayalı Feshin Denetimi

a. Türk Hukukunda İşletmesel Karara Dayalı Feshin Denetimine Yönelik Genel Esaslar

İşveren tarafından alınan işletmesel kararın ilke olarak denetime tabi olmadığı, amacı ve yerindeliği bakımından denetlenemeyeceği, hakimın işverenin yerine geçerek onun yerine karar almasının mümkün olmadığına yönelik temel ilkeler Türk hukukunda olduğu kadar karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde de geçerlidir.⁷⁷

İşletmesel kararın temel ilkeleri korumak suretiyle kimi durumlarda denetime konu edilmesi ise mümkündür. Dahası, işletmesel karara dayalı olarak iş sözleşmelerinin feshi gündeme geldiğinde, bu denetimin yapılması artık Anayasal hakkın tesisi açısından zorunluluk taşımaktadır. Anayasanın, “Çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı 49. maddesine göre “*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.*” Bu halde işverenin iş sözleşmesini sona erdirmek yönündeki işletmesel kararları ile işçinin çalışma hakkı çatışabilecektir. Söz konusu çatışmanın giderilmesi, kanuni sınırlamalar ve ölçülülük ilkesi etrafında çözümlenecektir.⁷⁸

Denetim aşamasından önce işletmesel kararın tespiti gerekmektedir.⁷⁹ İşletmesel kararın denetim aşamasına geçildiğinde öncelikle alınan karara göre işletme içi veya dışı sebebin varlığı ortaya çıkarılmalı, ardından işletmesel karar ile işçinin işten çıkarılmasını zorunlu kılan, çalıştığı birimin ya da işin ortadan kalkması olgusu arasındaki ilişki denetlenmelidir.⁸⁰ Bu itibarla işletmesel karar için ileri sürülen sebebin gerçekten var olup olmadığı değerlendirilmelidir.⁸¹

Yargıtay bu ilkeler çerçevesinde, bazı kararlarında genel denetim usullerini bir sıralamayı gözeterek açıklamaktadır. Yargıtayın önüne taşınan bir uyuşmazlıkta iki banka birleşme kararı almış; bu birleşimin ardından göreve başlayan yeni yönetim işletmede birtakım faaliyetlerin dış kaynak kullanımı

⁷⁷ Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG § 1 Rn. 455.

⁷⁸ Yücel Bodur, s.143.

⁷⁹ Yargıtay, bu konuda verdiği ilke kararını istikrarlı olarak şu ifadelerle tekrarlamaktadır: “İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işveren tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyor, dikkate alınmalıdır.” Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2015/17194, K: 2015/20706, T: 15.06.2015, (<https://www.lexpera.com.tr/s.e.t.:23.12.2024>).

⁸⁰ Ulucan, s.57; Engin, s.62; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3529, K: 2023/3640, T: 13.03.2023, (<https://legalbank.net/s.e.t.:04.01.2025>).

⁸¹ Güzel, 2005, s.167.

metodu ile yürütülmesine karar vererek ilgili birimleri kapatmıştır. Bu birimlerden biri olan ve Yargıtay tarafından yardımcı iş olarak değerlendirilen güvenlik işi de alt işverene verilmiş ve yeni organizasyon çerçevesinde işletmede güvenlik personeli olarak çalıştırılan kimselerin iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşçilerin istihdam ilişkilerini etkileyen bu işletmesel karar Yargıtay tarafından; tutarlılık, keyfilik, feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimleri sıralamasında denetlenmiştir.⁸² Anılan esasa göre varlığı tespit edilen işletmesel kararın tutarlı bir biçimde uygulandığına karar verilirse keyfi nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirilecek, keyfilik denetiminden de geçerse feshin kaçınılmazlığı yani son çare niteliği taşıyıp taşımadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimleri uygulanacaktır.

Öğretide, Yargıtayın karar denetimlerinde bir sıra benimsemesi eleştiri konusu yapılmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşlere göre, feshe yönelen bir işletmesel kararın bu şekilde sırayla, tek tek ve eksiksiz bir denetimden geçirilmesi yerine feshin gerekçesinden hareket edilerek, gerekçe ışığında hukuka aykırılık meydana getirebilecek hususların denetimi üzerinde durulması hedeflenen sonuca daha sağlıklı ve daha kısa sürede ulaşılmasını sağlayacaktır.⁸³ *Taşkent*'e göre de her olayda aynı sıranın izlenmesine gerek yoktur. İşverenin fesihte keyfi davrandığı tespit edilirse artık tutarlılık değerlendirmesi yapılması gerekmeyecektir.⁸⁴ Yargıtayın sözü edilen eleştiriler çerçevesinde güncel içtihatlarında bu sıralamayı katı bir biçimde uygulamadığı ve hatta terk ettiği ifade edilmelidir.

b. Keyfilik Denetimi

Yargıtay işverenin feshe yol açan işletmesel kararı alırken keyfi davranmadığı noktasında şüpheye yer bırakmayacak bir denetim yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yargıtayın keyfilik denetimini kimi zaman ilk denetim aşaması olarak benimsediği ve isabetli olarak kararın keyfi nitelik taşıdığı ortaya konduğunda tutarlılık denetimine lüzum kalmadığını belirttiği görülmektedir.

Yargıtay kararlarında keyfilik denetimi, *“İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.”* şeklinde açıklanmaktadır.⁸⁵ Bu itibarla, keyfilik denetiminin esasını herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğunu ifade eden Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi oluşturur. Hukukumuzda kabul edilen anlayışa uygun olarak objektif iyiniyet kurallarına aykırılık hakkın kötüye kullanımı anlamına gelecektir. Objektif iyiniyet teorisinde, hak sahibinin kötüye kullanmaya yönelik iradeye sahip olmasına ihtiyaç yoktur. Hakkın kullanım usulünün objektif olarak kötüye kullanma niteliği taşıması yeterli görülecektir. Keyfilik denetimi de işletmesel

⁸² Yargıtay 9. HD, E: 2007/16150, K: 2007/30227, T: 15.10.2007, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 04.01.2025).

⁸³ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.682; Ulucan, s.63.

⁸⁴ Savaş Taşkent, “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, S.21, 2011, Sicil İHD, s.23.

⁸⁵ Yargıtay 9. HD, E: 2010/2290, K: 2010/4202, T: 22.02.2010, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 06.01.2025); Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2016/573, K: 2016/6981, T: 23.03.2016, (Çalışma ve Toplum Dergisi, C:1, S: 52, 2017).

kararın, objektif, makul ve keyfi olup olmadığının değerlendirilmesinden ibarettir.⁸⁶

Keyfilik denetimine konu edilen ve hakkın kötüye kullanımına konu oluşturan hak işverenin sahip olduğu fesih hakkı değil, işletmesel karar alma hakkıdır. Hukukumuzda işveren, Alman hukukundan farklı olarak işletmenin bazı hizmetleri devretmeye yönelik kararını salt işletmesel karar alma hakkına dayandıramaz. İşverenin kendi iradesinden başka nesnel bir nedene dayandırmadığı işletmesel kararlar, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve keyfilik denetimine takılır.⁸⁷

Yargıtay geçmiş tarihli kararlarında keyfilik denetimini, işverenin feshe yönelik iradesinin son çare, kaçınılmaz olarak ortaya çıkıp çıkmadığı şeklinde tanımlamış ve kararlarında bu yönde değerlendirmeler yapmıştır.⁸⁸ Yakın tarihli kararlarda ise bu hatalı içtihattan dönülerek keyfilik denetimi ile son çare ilkesi arasında ayırım yapılmaktadır.⁸⁹

İşverenin son çare haline gelmemiş bir fesih yapması işletmesel karar ve fesih hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullandığı anlamına gelmez. Ancak, işverenin kanuni bir usulü dolanma anlamına gelecek uygulamaları da keyfilik denetiminden geçememelidir. Konuya ilişkin bir karara⁹⁰ konu somut uyuşmazlıkta işveren, ekonomik krizin etkilerini aşmak için işyerindeki birtakım faaliyetlerini devrederek ilgili birimleri kapattığını, fesihlerin yeniden yapılanmaya yönelik işletmesel karar çerçevesinde gerçekleştirildiğini iddia etmiştir. Sözleşmesi feshedilen işçi sayısı toplu işçi çıkarmaya varacak boyuttadır. Yargıtay, davalının İş Kanunu'nun toplu işten çıkarmayı düzenleyen 29. maddesi usullerine uymadığını, bu çerçevede otuz gün önceden bir yazı ile sendikaya, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimde bulunmadığını belirterek; bu yöndeki fesihleri kanun ve toplu iş sözleşmesi usullerini bertaraf etmek olarak görerek hakkın kötüye kullanımı yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir.

Yargıtaya göre, sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine aynı görev için yenilerinin alınmaya devam edilmesi fesihlerin keyfilğine işaret edebilmektedir.

⁸⁶ Köme, 2009, s.152.

⁸⁷ Engin, s.65.

⁸⁸ “İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini 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.” Yargıtay 9. HD, E: 2005/37252, K: 2006/6374, T: 13.03.2006, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 06.01.2025).

⁸⁹ “(...) mahkemece işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalı (...)” Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/46684, K: 2018/ 3140, T: 13.02.2018, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 08.01.2024); Aynı yönde; Yargıtay 9. HD, E: 2021/11874, K: 2021/16228, T: 07.12.2021; Yargıtay 9. HD, E: 2021/2399, K: 2021/6646, T: 23.03.2021, (<https://www.lexpera.com.tr/> s.e.t.: 21.01. 2025).

⁹⁰ Yargıtay 9. HD, E: 2010/3357, K: 2010/41035, T: 27.12.2010, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 08.01.2024).

Konuyla ilişkin bir karara⁹¹ konu uyuşmazlıkta birbiri ile ilişkili üç fabrikaya sahip işveren ekonomik gerekçelerle birini kapatarak ilgili fabrikada çalışan işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmiştir. Yargıtay, diğer fabrikalara kaç işçi aktarıldığı ve fesihlerden sonra işçi alımına devam edip edilmediğinin keyfilik denetimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İşverenin, işletmesel kararı alırken keyfi davrandığı iddiasını işçi ileri sürdüğüne göre ispat yükü de işçinin üzerinde olacaktır. Yerleşik Yargıtay içtihadı da isabetli olarak bu yöndedir.⁹² Ancak, iş güvencesi hükümleri uyarınca feshin geçerli nedene dayandığını ve biçimsel koşullara uyduğunu işveren ispat etmek durumunda olduğundan işveren, aldığı kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini ve feshin son çare olduğunu ispat yükü altındadır.⁹³

c. Tutarlılık Denetimi

Tutarlılık denetimi öğretide, işverenin aldığı, istihdam fazlasına yol açan işletmesel kararı sürekli, kalıcı ve samimi bir biçimde uygulayıp uygulamadığının ortaya çıkarılması şeklinde tanımlanmaktadır. İşveren, aldığı karara uygun olarak fesih işlemlerini gerçekleştirirken birbiri ile çelişmeyen davranışlar sergilemek mecburiyetindedir. Örneğin işveren, bir birimdeki istihdam fazlası nedeniyle iş sözleşmelerini fesheder, ardından tekrar aynı işler için işçi almaya devam ederse bu kararların tutarlı olduğundan söz edilmesi mümkün değildir.⁹⁴ Yargıtay kararlarında da işverenin işyerine işçi alımına devam edip etmediği tutarlılık denetiminde ilk değerlendirilen konulardandır.⁹⁵ Ancak, feshin üzerinden belirli bir süre geçmesinin ardından yapılan işe alımların işletmesel kararın tutarlılığına etkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Yargıtayın 2016 yılında verdiği bir kararında⁹⁶ fesih öncesi ve fesihden sonraki altı ayı SGK kayıtlarının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek bu süre somut uyuşmazlıkta altı ay olarak belirlenmiştir. Yargıtay 2012 yılında verdiği başka bir kararında⁹⁷ ise fesih tarihinden çok sonra

⁹¹ Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2011/14797, K: 2012/8401, T: 02.05.2012, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 08.01.2024).

⁹² “İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel karar dürüstlük kuralına uygun olarak alınmalı ve bu hak kötüye kullanılmamalıdır. İşverenin keyfi davrandığını ispat yükü işçiye aittir.” Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/793, K: 2017/651, T: 23.01.2017, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 10.01.2024).

⁹³ Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/43747, K:2018/1718, T: 05.02.2018, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 12.01.2024).

⁹⁴ Keser, s.417; Esra Baskan, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021, s.59.

⁹⁵ “(...) heyet raporunda, personel giderlerinin fazla olduğunun tespiti yanında, davalı işverenin norm kadro çalışması yapmadığı, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde Toplu İş Sözleşmesinde düzenlenen tenkizat kuralına uymadığı, kısaca objektif kriterler getirmediği, ayrıca fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek yeni işçi aldığı anlaşılmıştır. (...) Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı işveren işletmesel kararın uygulanmasında tutarlı davranmamıştır. Davalı işveren tarafından gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı sabittir.” Yargıtay 9. HD, E: 2017/11913, K: 2017/29307, T: 08.10.2017, (Kar, s. 118, dn. 47).

⁹⁶ Yargıtay (Kapatılan)7.HD, E: 2015/35555, K: 2016/1692, T: 28.01.2016. (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 04.12.2024).

⁹⁷ Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2011/13690, K: 2012/6442, T: 05.04.2012, (<https://legalbank.net/>, s.e.t.: 16.01.2025).

işçi alınmış olmasının feshin tutarlı uygulanmadığını göstermeyeceğini, burada makul sürenin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda işe alınan işçilerin hangi iş için alındığı da değerlendirilmelidir.

İşletmesel kararın tutarlılık denetiminde, kararın işletme için yararlı veya mantıklı olup olmadığının bir önemi yoktur. Mantıksız ve ekonomik anlamda başarısız bir kararı dahi sürekli, kalıcı ve samimi bir biçimde uygulayan işverenin tutarlı davrandığından söz edilir.⁹⁸ Tutarlılık denetimi, işletmesel kararın geçerliliği değil uygulanmasına yönelik bir denetim olduğundan, işletmesel karar denetiminde bir sıra takip edilecek ise keyfilik denetiminin ardından yapılması daha doğru olacaktır. Bu sıra ile öncelikle kararın geçerliliği, ardından geçerli kararın nasıl uygulandığı değerlendirilecektir.

Tutarlılık denetiminde ispat yükü, keyfilik denetiminin aksine işçinin değil işverenin üzerindedir. Keyfilik denetiminde işçi, işverenin hakkını kötüye kullandığını iddia etmektedir. Oysa tutarlılık, feshin geçerlilik şartlarındandır. Dolayısıyla işveren, ispat etmesi gereken diğer konularla birlikte tutarlı davrandığını da feshin geçerliliği için ortaya koymalıdır.

d. Ölçülülük Denetimi

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmekte, bu kapsamda bireysel temel hakların ancak toplumsal zorlayıcı nitelikteki bir ihtiyacın karşılanması amacıyla sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir.⁹⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında¹⁰⁰, “(...)ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır” demek suretiyle ölçülülük ilkesinin varlığını hukuk devleti kavramından aldığını ortaya koymaktadır. Hukukumuzda da Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlandırılmaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına yönelik 13. maddesi ölçülülük ilkesinin normatif dayanağı olarak değerlendirilmektedir. Anayasada yer alan bu düzenlemenin de ilkesel temeli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almakta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında “*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*” şeklinde açıklanmaktadır.¹⁰¹ Avrupa Konseyi ölçülülük ilkesini, dava konusu işlemin varılmak istenen amaca uygun ve bu amaç için gerekli olup olmadığı ve aleyhinde kullanılan kimseye aşırı yük yükleyip yüklememesi şeklinde denetlemektedir.¹⁰²

Ölçülülük ilkesi açıklanan hususlar çerçevesinde kamu hukuku temelli bir ilke olmakla birlikte özel hukuk ilişkilerinde de esastır. Ölçülülük ilkesinin özel hukuk ilişkilerinde hukuki dayanağını TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve en önemli kullanım alanını yenilik doğuran haklar meydana getirmektedir.

⁹⁸ Köme, 2009, s.153-154.

⁹⁹ Deniz Ugan Çataalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.16.

¹⁰⁰ BverfGE, 19, 342 vd. Aynı yönde; BVerfGE, 17, 313-314.

¹⁰¹ Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, C.15, Özel Sayı, 2013, DEÜHFD, s.681.

¹⁰² Baskan, s.18.

Yenilik doğuran hak ile birlikte hukuki işlemin muhatabının hukuki alanında yeni bir durum meydana getirildiğinden, bu yöndeki bir müdahalenin karşı tarafın hukuki alanında ağır bir durum yaratması hukuken korunamaz. Bu sebeple ölçülülük ilkesi, çatışan menfaatler arasında dengenin sağlanması açısından önem arz etmektedir. İşverenin fesih hakkı da bir bozucu yenilik doğuran haktır. Hakkı doğuran bir nedenin varlığı hakkın her zaman hukuka uygun olarak kullanıldığı sonucunu doğurmaz. Hakkın, muhatabın alanına ağır müdahale niteliği taşıyan ölçüde kullanılması korunamaz. Muhatabının alanında meydana gelen sonuç ile işveren tarafından hedeflenen amaç arasındaki orantı, ölçülülüğün tespiti açısından önem arz etmektedir.¹⁰³

Alman hukukunda da ölçülülük ilkesinin özel hukuka ilişkin görünümü aynı şekilde değerlendirilmiş ve işverenin işletmesel karar alma yetkisine dayalı fesih hakkı ölçülülük denetimi çerçevesinde yargı kararları ile sınırlandırılmıştır. Ölçülülük denetimi birtakım alt ilkelere bölünerek gerçekleştirilmektedir.¹⁰⁴ Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına göre, işverenin feshin son çare olması ilkesine uygun olarak işçiye önerdiği birtakım değişiklikler karşısında, işçinin bu değişikliklere uymayı kabul etmemesi halinde başvurabileceği değişiklik feshi yolunda da ölçülülük denetimine uyulmalıdır.¹⁰⁵

Anılan ilkeler Türk hukuku için de geçerlidir. Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararında¹⁰⁶, iş sözleşmesinde değişiklik teklifinin ardından yapılacak fesihlerde ölçülülük ilkesine uyulması gerektiğini belirtmiş ve ölçülülük ilkesi kapsamında elverişlilik, gereklilik ve orantılılık denetimi yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

Elverişlilik denetimi, işverenin amacını gerçekleştirmek için seçmiş olduğu aracın, bu amacını gerçekleştirmek için uygun olup olmadığı yönünde bir denetimi gerektirir. İşveren tarafından seçilen araç, amacını gerçekleştirmeye yardım etmelidir. İşverenden beklenen, işçiye işletmesinin ekonomik geleceğini riske atmak uğruna yeni bir iş alanı yaratması ya da ekonomik olarak zarar etmeye devam eden bir birimi kapatmaktan imtina etmesi değildir. Burada beklenen, hedeflediği amaç için makul yöntemleri tercih etmesidir.¹⁰⁷ İşveren, henüz tercih etmediği bir yöntemin amacı için elverişli olup olmadığını kesin olarak bilebilecek konumda olmadığından, esasen bir tahminde bulunmaktadır. İşverenin kesin olarak bilemeyeceği bir aracın mutlak olarak elverişli olmasını aramak hakkaniyete uygun olmayacağından Alman hukukunda kısmi bir elverişliliğin de bu denetim için yeterli olacağı yerleşmiş bir görüştür. Bu görüşe göre önemli olan, işverenin bu tahmininde objektif ilkeler çerçevesinde hareket etmesi ve tutarlı olmasıdır.¹⁰⁸

Gereklilik denetimi, işverenin amacına ulaşmak için seçtiği aracın gerekli olmasını aramaktadır. İşveren, amacına ulaşmak için seçenekleri arasındaki

¹⁰³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1058-1059.

¹⁰⁴ Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG § 1, Rn. 351-365.

¹⁰⁵ BAG, 24.04.1997, AP §2 KSchG 1969, 42, NZA 1997, 1047. Aynı yönde; BAG, 26.01.1995, AP §2 KSchG 1969, 37, NZA 1995, 628.

¹⁰⁶ Yargıtay (Kapatılan)22. HD, E: 2017/34004, K: 2017/12526, T: 29.05.2017, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 12.01.2024).

¹⁰⁷ Engin, s.92.

¹⁰⁸ Tschöpe/Kunz, s.1564-1565; Henssler/Willemsen/Kalb, s.1752; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s.1060.

birden çok araçtan muhatabın hukuk alanına en hafif düzeyde etki edeni tercih etmelidir. Muhataba daha ağır düzeyde müdahale eden yöntemin gereksiz olduğu söylenecektir.¹⁰⁹ Gereklik denetimi niteliği itibarıyla son çare ilkesi ile örtüşmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da bu iki ilke ortak kullanılmaktadır.¹¹⁰

Dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan orantılılık denetiminde ise işveren tarafından yapılan müdahalenin ağırlığı, müdahalenin kendisi ile kıyaslanmaktadır. İşverenin feshe yönelik işletmesel kararı elverişli ve gerekli olarak görülen araç ile orantılı olmak durumundadır. Bu nedenle, hakkın kullanıcısı ile muhatabı arasında menfaat dengesi gözetilecektir. Orantılılık, değerlendirilen diğer denetimlerden farklı olarak hakkın kötüye kullanımı yasağı ile ilişkilendirilmez. Hakkın kötüye kullanımı kavramı hak sahibinin, hakkını objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanması durumunda söz konusudur. Orantılılık ilkesine aykırılık ise, hakkın objektif olarak iyiniyete aykırı nitelikte kullanıldığı anlamına gelmez. Burada hak, amacına uygun olarak kullanılmış olsa dahi muhatabının hukuksal alanında yarattığı etki değerlendirilir.¹¹¹

Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da işverenin orantılılık ilkesi çerçevesinde işçinin alanına müdahalesi ile kendi seçtiği araç arasındaki orantıyı gözetmesi ve orantısızlık olduğu durumda işçi için başkaca çözümleri önermesi gerektiği ifade edilmektedir. Feshe Karşı Koruma Kanunu kapsamında fesih öncesinde imkan var ise işçiye başka iş önerilmelidir. İşveren fesih bildiriminde bulunmadan önce çalışana olası ve makul bir değişiklik teklifinde bulunmazsa, çalışan fesih bildiriminden önce yapılacak muhtemel bir teklifi en azından şartlı olarak kabul edecek konumdaysa, fesih sosyal olarak haksızdır.¹¹²

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi, BGB § 626 kapsamında düzenleme altına alınan menfaatlerin dengelenmesi ilkesi (*interessenabwägung*) ile yakın ilişkili görülmektedir. Söz konusu yasal ilke, fesih işlemi gerçekleştirilirken sözleşme taraflarının menfaatlerinin dengelenmesini gerekli kılar.¹¹³ İşverenin işletmesel kararı ile elde edeceği işletmesel menfaati ile işçinin iş akdinin devamı ile elde edeceği ekonomik ve sosyal menfaatin kıyaslanmasını gerektirir. Buna göre, hangi menfaat daha ağır basıyor ise o yönde bir değerlendirme yapılmalıdır.¹¹⁴

¹⁰⁹ Süleyman Başterzi, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerindeki Etkileri”, C.54, S. 3, 2005, AÜHFD, 53- 94. s.59; Ugan Çatalkaya, s.67-68; Baskan, s.20.

¹¹⁰ BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 809/12; Aynı yönde; BAG, 27.09.1984 - 2 AZR 62/83.

¹¹¹ Yıldız, s.690.

¹¹² BAG, 27.09.1984 - 2 AZR 62/83.

¹¹³ Heinrich Hubmann, “Grundsätze der Interessenabwägung”, S.2, 1956, Archiv für die Civilistische Praxis, s.86-87.

¹¹⁴ Tschöpe/Kunz, s.1580. Alman hukukunda işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle fesihlerde kapsamlı bir biçimde uygulanan menfaatlerin dengelenmesi ilkesi 1960’lı yıllarda işletmesel nedenle yapılan fesihlerde de aynı ölçüde kapsamlı uygulanıyordu. BAG, 04.02.1960 - 3 AZR 25/58. Buna göre, işverenin ekonomik yöndeki menfaati işçinin istihdama yönelik menfaati ile tam anlamıyla kıyaslanıyordu. Bu yaklaşım kısmi veya belirli süreli çalışanlar için de aynı düzeyde uygulanıyordu. BAG, 25.06.1964 - 2 AZR 382/63. Ancak 70’li yıllardan itibaren işletmesel nedenle yapılan fesihlerde anılan yaklaşım değişmeye başlamış, menfaatlerin dengelenmesi ilkesine ancak işçinin içinde bulunduğu ciddi kişisel koşullar nedeniyle korunmaya ihtiyaç duyması halinde aynı

Orantılılık ve menfaatlerin dengelenmesi ilkesinin birbirlerini tamamladığına yönelik görüşler bulunmakla birlikte bu iki ilke esasen birbirinden farklı niteliktedir. Orantılılık ilkesinde sınırlı bir değerlendirme vardır. Ancak menfaatlerin dengelenmesi ilkesinde, yalnızca amaç ve araç ile sınırlı bir değerlendirme yapılmamakta, somut olay her yönüyle ele alınmakta ve tarafların iş ilişkisine yönelik tüm durumları değerlendirilmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında, işçinin işyerindeki davranışları da ilkenin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmakta, işverenin menfaati açısından işletmesel kararın aciliyeti sorgulanmakta ve bu nedenle başkaca bir istihdam imkanı olup olmadığı da değerlendirilmektedir.¹¹⁵

Bize göre, Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiş ve dürüstlük kuralı ile ilişkilendirilmesi zor görünen menfaatlerin dengelenmesi ilkesinin uygulanması güçtür. Ancak işletmesel kararın keyfiliği ve ölçülülüğü denetimlerinde yardımcı ölçüt olarak faydalanılabilir. Yargıtayın kimi kararında ilgili ilkeye atıf yaptığı görülmektedir. Yargıtay 2010 yılında verdiği bir kararında¹¹⁶, işçinin kusuruna dayanmayan davranışlarının kural olarak fesih konusu yapılamayacağını, kusurlu davranışında ise kusur derecesinin iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin dengelenmesinde rol oynayacağını belirtmiştir.

e. Son Çare İlkesi

Son çare ilkesini, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri arasında değerlendirdiğimiz gereklilik ilkesinden ayırmak güçtür. Gereklilik ilkesi çerçevesinde denetimden geçmek için son çare ilkesinin hayata geçirilmesi gerekir.¹¹⁷ Gereklilik ilkesinde açıkladığımız üzere işveren, işçinin alanına müdahale edecek araçlardan işçi için en az zararlı olanı seçmek durumundadır. Dolayısıyla işverenin eyleminin, zorunlu nitelik taşıması gerekmektedir. İşverenin iş sözleşmelerini feshi eğer başvurabileceği son çare değilse, işçi için en az aleyhe olacak aracı seçmemiş demektir. Dolayısıyla işletmesel karar gereklilik denetiminden de geçemez. Alman Federal İş Mahkemesinin de kararlarında, son çare ilkesi ile gereklilik ilkesinin aynı kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.¹¹⁸

Alman hukukunun aksine Türk hukukunda son çare ilkesinin açıkça düzenlendiği bir kanun hükmü yoktur. Yalnızca İş Kanunu'nun 18. maddesinin 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."* ifadelerine yer verilmiştir. Ancak kanunun gerekçesi hükmün yasal dayanağı olamayacağından,

düzeyde başvurulmuştur. BAG, 24.10.1979 - 2 AZR 940/77; BAG, 30. 04. 1987 - 2 AZR 184/86; Wolfgang Däubler, "Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?", C.61, S.1, 2013, Arbeit und Recht, s.10.

¹¹⁵ BAG, 13.5.2015 - 2 AZR 531/14, BB 2015, 2682; Aynı yönde; BAG, 27.11.1991- 2 AZR 309.

¹¹⁶ Yargıtay 9. HD, E: 2009/16140, K: 2010/3388, T: 15.02.2010, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 13.01.2024).

¹¹⁷ Engin, s.91; Ugan Çatalkaya, s.117.

¹¹⁸ Baskan, s.34-35.

gereklilik ilkesi ile uyumlu olarak son çare ilkesinin de hukuki dayanağı olarak TMK 2 hükmü görülebilir.

Yargıtay kararlarında da son çare ilkesi gereklik ilkesi ile paralel değerlendirilmektedir. Konuya ilişkin bir kararda¹¹⁹ ölçülülük denetiminin teknik anlamda işletmesel karar denetimini sağladığı ve teknik denetim kapsamında işçinin çalışma olanağının kalıp kalmadığı, daha açık ifade ile feshin son çare olup olmadığının değerlendirildiği ifade edilmektedir.

2. Alman ve Fransız Hukukunda İşletmesel Karara Dayalı Feshin Denetimi

Alman hukukunda dış kaynak kullanımına yönelik denetimlerin Türk hukukuna benzer ancak daha serbest tutulduğu söylenebilir. Nitekim Alman hukukunda, işverenin dış kaynak kullanımı metodunu benimseyerek işyerinde yürütülen bir işi dışarıya yani üçüncü kişiye vermesi işletme gereği anlamına gelmemekte ve farklı şekilde denetlenmektedir. İşyerindeki faaliyetin nasıl bir organizasyon etrafında kurgulanacağı işverenin girişim özgürlüğüne tabi bir karardır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshinde işletme gerekleri kavramı ile bir işin artık dışarıya verilmesi aynı şeyi ifade etmez.¹²⁰ Alman hukukunda kabul edilen ilkeye göre, işverenin dış kaynak kullanımına karar vermesi neticesinde bir işi dışarıya vermesi sonucu meydana gelen fesih, işverenin işletmesel faaliyetine karar verme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmeli ve ancak keyfilik denetimine tutulabilmelidir. Alman Federal İş Mahkemesi de metal işleme işlerinin yürütüldüğü bir işyerinde polisaj işlerinin başkasına verildiği somut uyuşmazlıkta gerçekleştirilen fesihleri yalnızca keyfilik ve kanuni ilkeler çerçevesinde değerlendirmiş, kaçınılmazlık denetimi yapmamıştır.¹²¹

Fransız hukukunda ise ekonomik nedenle fesih kavramı çerçevesinde denetimler yapılmaktadır. Ekonomik güçlükler veya teknolojik dönüşüm nedeniyle işçinin işletmedeki işinin ortadan kalkması, dönüşüme uğraması veya esaslı tarzda değişmesi sonucunu doğuran olgular ekonomik nedenlerle fesihleri ifade eder.¹²² Ekonomik nedenle fesih çift yönlü bir denetime tabi tutulur. Öncelikle ekonomik nedenin gerçek ve ciddi olup olmadığı değerlendirilir. Ardından gerçek ve ciddi ekonomik nedenle fesih arasındaki illiyet bağı aranır.¹²³ İlliyet bağı da öncelikle işin niteliğinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması ile ekonomik nedenler arasında, ardından anılan değişiklikler ile fesih olgusu arasında bulunmalıdır.¹²⁴

¹¹⁹ Yargıtay (Kapatılan)7. HD, E: 2016/29721, K: 2016/16996, T: 20.10.2016; Aynı yönde; Yargıtay (Kapatılan)7. HD, E: 2015/16086, K: 2015/18477, T: 07.10.2015, (<https://kazanci.com.tr/>, s.e.t.: 23.01.2024).

¹²⁰ Polat Soyer, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, S.1, 2006, Sicil İHD, s.20; Betül Erkanlı, “Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı”, C.18, S.1, 2016, DEÜHFD, s.92.

¹²¹ BAG, 06.09.1991- 1 ABR 45/90.

¹²² Frédéric Gea, “Le Droit du Licenciement Économique à L'épreuve de la Sécurisation de L'emploi”, S.3, 2013, Droit Social, s.212.

¹²³ Gilles Auzero/ Dirk Baugard/ Emmanuel Dockés, Droit du Travail, 36. Baskı, Dalloz, Paris, 2022, s.791.

¹²⁴ Jean Pélissier/ Alain Supiot/ Antoine Jeammaud, Droit du Travail, 21. Baskı, Dalloz, Paris, 2002, s.579.

Fransız İş Kodunun L.1233-3 maddesinde ekonomik nedenle fesih kavramı açıklanmıştır. Hükme göre feshe dayanak oluşturacak ekonomik nedenlerden biri, faaliyetlerin devamı ya da nakit akışında bozulma gibi en az bir ekonomik göstergede önemli bir değişiklik veya ekonomik zorluklar anlamına gelen siparişler ve ciroda düşüştür. Siparişler ve ciroda düşüşün ne anlama geldiği de yine ilgili maddede, önceki yılın cirosuna kıyasla ve işyerinde çalışan sayısına göre orantılı olarak açıklanmıştır. Diğer ekonomik nedenler ise teknolojik gelişmeler, işletmenin rekabet gücünü korumak için gerekli olan bir yeniden yapılanma ve işyerinin faaliyetinin durdurulması olarak sıralanmıştır. Hükme göre feshin dayanağı olan ekonomik nedenin ağırlığı, işyerinin faaliyet sektörü, özellikle de sunulan ürün, mal veya hizmetlerin niteliği, hedeflenen müşteri kitlesi ve aynı pazara ilişkin dağıtım ağları ve yöntemleri ile birlikte değerlendirilmelidir.

Fransız hukukunda işletmesel kararın denetimi için, Alman hukukuna göre çok daha sıkı ilkelerin benimsendiği söylenebilecektir. Fransız hukukunda mahkeme, öncelikle işverence ileri sürülen nedenin gerçekten mevcut olup olmadığını değerlendirir. Ardından iş sözleşmesinde esaslı değişiklik gereksinimi meydana getiren işletmenin yeniden yapılandırılması yönündeki işletmesel karar, yeni organizasyonun işletmenin yararı dikkate alınarak veya sektördeki rekabet gücünü arttırmak amacıyla yapıp yapılmadığı yönünde denetlenir. Dolayısıyla keyfilik denetimi bir diğer aşamaya taşınmakta, bu iki neden çerçevesinde sınırlandırılmaktadır. İki nedenle sınırlandırılmış bu özel denetimde hakim, kararın işletmeye ekonomik yararını değerlendirerek işveren yerine geçip kendisi bir karar almaz. Hakimin yaptığı işlem, işverence alınan işletmesel kararın temel amacını açığa çıkarmak, işletmenin rekabet gücüne etkisi olup olmadığını sorgulamaktır. Anılan denetim, Fransız İş Kodunda ayrıca düzenlenen son çare ilkesine de hizmet etmektedir. Fransız hukukunda işverenin kişisel yetkisini aşması ya da kendi aldığı bir karar neticesinde ekonomik güçlüğü düşmesi sonucunda işçilerini geçerli nedene dayanarak işten çıkarabilmesi de mümkün görünmemektedir.¹²⁵

Alman ve Fransız hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak son çare ilkesi de denetim usulleri arasında yasal olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda yasal düzenlemeye öncülük eden süreç, öğretici görüşleri ve Federal İş Mahkemesi içtihatları ile gerçekleşmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi 1978 yılında verdiği bir kararında¹²⁶ “Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun; veya geçerli bir nedene ya da haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır.” ifadeleriyle kanuni düzenlemeye öncülük etmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun § 1/2 hükmünde son çare ilkesi, “İşçinin iş sözleşmesinin feshi sosyal bakımdan haksız ise geçersizdir. İşçinin kişiliğinden veya davranışlarından ya

¹²⁵ Cass. Soc., 14 Mars 2012, 10-28.413; Fransız Yargıtayının yakın tarihli bir kararına konu uyumsuzlukta davalı şirket, ticari ilişki içerisine girdiği diğer şirketlerle kendilerine yapılması gereken ödemeleri temettü cinsinden yapılacağı yönünde anlaşma yapmış ancak bu anlaşma neticesinde ekonomik zorluk yaşamaya başlamıştır. İçinde bulunduğu ekonomik zorluktan çıkabilmek için işçilerini işten çıkaran şirketin yaptığı fesihler Yüksek Mahkemece hukuka aykırı bulunmuştur. Cass. Soc., 24 Mai 2018, 17-12.560, Alexandre Fabre, “De la Faute Retrouvée Dans la Contestation des Suppressions d’emploi”, S.9, 2018, Revue de Droit du Travail, s. 570.

¹²⁶ BAG, 30.05.1978, Güzel, 2005, s. 65.

da işçinin işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz işyeri gereklerinden kaynaklanmıyorsa, fesih sosyal açıdan haksızdır.” şeklinde, kaçınılmazlık kavramı ile düzenlenmiştir. Hükmün devamında “işçinin aynı işyerinde başka bir işte veya aynı işletmenin başka bir işyerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yine sosyal bakımdan haksız sayılır. İşverenden beklenebildiği ölçüde, yeni meslek eğitimi veya geliştirme eğitimi ya da değişik işkollarında çalıştırılma yolu ile işçinin işini sürdürmesi olanağı varsa ve işçi de bunu kabul etmiş ise, fesih yine sosyal açıdan haksız sayılır. İşveren feshi geçerli kılan nedenleri ispatla yükümlüdür” ifadelerine yer verilmiştir.

Fransız İş Kodunda ise son çare ilkesi, L. 1233-4 hükmünde “Bir çalışan ancak eğitim ve adaptasyon için tüm çabalar gösterilmişse ve ilgili kişi şirkette veya şirketin ait olduğu gruptaki diğer şirketlerde ülke içinde bulunan ve organizasyonu, faaliyetleri veya faaliyet yeri personelin tamamının veya bir kısmının transferini sağlayan mevcut işlere yeniden yerleştirilemiyorsa ekonomik nedenlerle işten çıkarılabilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere Fransız hukukunda son çare ilkesine ilişkin denetim kapsamı bu yönüyle de oldukça geniştir. Zira hükümde, şirketin ait olduğu gruptaki diğer şirketlerde istihdam olgusunun da değerlendirilmesi gerektiği tüzel kişilerin bağımsızlığı ilkesi terk edilircesine ifade edilmiştir. İlgili hüküm, Fransız hukukunda yerleşik ekonomik ve sosyal ünite görüşü ile de uyumludur.¹²⁷

Alman ve Fransız hukuk düzenlerinde işletmesel karara dayalı fesihlerde açıklanan denetimlerin gerçekleştirilmesinin ardından feshin bireyselleştirilmesine yönelik sosyal seçim ilkesi değerlendirilmelidir. Sosyal seçim ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan fesih işlemlerinde daha zayıf durumda olan işçilerin korunması amacına hizmet eder ve işverenin işten çıkaracağı işçilerini birtakım kriterleri gözeterek seçmesi yükümlülüğünü ifade eder.¹²⁸ Dolayısıyla bu ilke, işverenin işletmesel kararında keyfi olup olmadığı, fesih kararının ölçülülüğü ve son çare olması gibi aşamaların ardından kararın uygulanmasına yönelir.

Alman hukukunda sosyal seçim, Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun § 1/3 hükmünde kıdem, yaş, bakım yükümlülüğü ve ağır engellilik kriterleri esas alınarak düzenlenmiştir. Hükmü uygun sosyal seçim üç aşamanın sırayla gerçekleştirilmesini gerektirir. Öncelikle sosyal seçime dahil edilecek çalışan grubu belirlenir. Ardından bu grup içerisindeki çalışanlar, kanuni somut kriterler içerisinde değerlendirilmektedir. Bu kriterler sonucunda iş sözleşmesi feshedilebilecek olanlardan da iş sözleşmelerinin devamı işletme çıkarları için gerekli görülenler ayrıştırılır.¹²⁹

Temel amacı, zayıf durumdaki işçilerin korunması olan sosyal seçim ilkesinin coğrafi açıdan sınırları işyeridir. Türk hukukundaki gibi Alman hukukunda da işyeri kavramından bir organizasyon olarak söz edilir. Ancak ekonomik ve sosyal olarak birlik oluşturdıkları gerekçesiyle grup şirket bünyesindeki ayrı şirketlerde yer alan işçiler değerlendirmeye dahil

¹²⁷ Fransız hukukunda ekonomik ve sosyal ünite görüşü hakkında ayrıntı için bkz. Umut Dilaver, Sermaye Şirketlerinde İşveren ve İşveren Vekili, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.373-378.

¹²⁸ Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?- Karar İncelemesi”, S.4, 2006, Sicil İHD, s.99.

¹²⁹ BAG, 31.05.2007, NZA 2007, 1362-1363.

edilmezler.¹³⁰ Birlikte işverenlik söz konusu olduğunda ise artık işçiler sosyal seçim için karşılaştırılabilir gruba dahil edilecektir.¹³¹

İşyerinin sınırları belirlendiğinde karşılaştırılabilir işçiler tespit edilecektir. İşçilerin, işlerinden birkaçının sözleşmesinin feshedileceği ve diğerlerinin görevlerine devam edecekleri düşünüldüğünde, aynı gruptaki işçilerin birbirleri yerine ikame edilebilir olmaları gerekir. Öncelikle işçilerin çalıştıkları birim ve yaptıkları işler değerlendirilir. İşçilerin yalnızca bilgi, beceri ve tecrübeleriyle diğer işçilerin yerine ikame edilebilmeleri de yeterli değildir. Aynı zamanda iş sözleşmeleri ile ilgili alanlarda görevlendirilebilmeleri bakımından işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmamış olmalıdır.¹³²

Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında ayrıca yatay karşılaştırılabilirlikten söz edilir. Buna göre, aralarında hiyerarşik ilişki bulunan iki farklı işçinin karşılaştırılması mümkün değildir.¹³³ Karşılaştırılacak grubun tespitinin ardından, bu gruptaki işçilere kanuni ölçütlerin uygulanması aşamasına geçilebilecektir. Emredici nitelikteki bu düzenlemeler, işverenin genel ve objektif bir yaklaşım benimsemesini gerekli kılmaktadır. Ancak işverenin genel ve yeterli bir yaklaşım benimsemesi de feshin geçerli sayılabilmesi için kabul görmektedir. Yine işverenin, bu kriterleri esas alma sırası ve derecesi bakımından, makul ölçü çerçevesinde bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴

Kanuni değerlendirme ölçütlerinden ilki işçinin kıdemidir. Alman Federal İş Mahkemesi, işçinin kıdemini değerlendirirken söz konusu işyerinde geçirdiği süreden ziyade, farklı işyerlerinde geçiriyor olsa da feshi gerçekleştiren işverenin yanında geçirdiği süreye sonuç bağlamaktadır.¹³⁵ Yine, işçinin yaşı ve bakım yükümlülüğü altında olması da değerlendirilen hususlardandır. Bakım yükümlülüğü kavramı hükümde açık bir biçimde tanımlanmamış olmakla birlikte Alman öğretisinde, işçinin özellikle aile fertlerine karşı üstlendiği ekonomik yükümlülükler olarak anlaşılmaktadır.

Fransız hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi, işletmesel gereklerle fesih yoluna gidecek olan işverenin sosyal seçim ilkesine uyması gerekmektedir. İşten çıkarılacak işçilerin seçimi ya da işten çıkarmalarda sıralama olarak adlandırılan bu ilke, Fransız İş Kodunun L.1233-5 ila L.1233-7 hükümlerinde yasal olarak düzenlenmiştir.

Fransız hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak sosyal seçim için karşılaştırılacak işçilerin tespitinde temel alınacak coğrafi alan işletmedir. Fransız hukukunda işletme kavramı, Türk iş hukukundaki işletme anlayışından daha farklı olarak, ekonomik ve sosyal bir birliğe işaret etmektedir. Fransız Yargıtayının yerleşik içtihadına¹³⁶ dayalı bu görüş Fransız öğretisinde

¹³⁰ Hromadka/Maschmann, s.477-478.

¹³¹ BAG, 27.11.2003 - 2 AZR 48/03.

¹³² BAG, 15.06.1989, AP KschG 1969, § 1 Soziale Auswahl Nr. 18.

¹³³ BAG, 12.03.2009 - 2 AZR 418/07.

¹³⁴ Alpagut, s.102.

¹³⁵ BAG, 29.01.2015 - 2 AZR 164/14.

¹³⁶ Cass. Soc., 12 Janvier 1994, Dr. Soc. 1994, 275. Ayrıca Fransız Yargıtayına göre, karşılaştırılacak işçi grubunun seçiminde işçinin daha önce ilgili birimlerde benzer görevleri gerçekleştirmesi aranmaktadır. Bu nedenle esas alınacak olan husus, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte bulunduğu işyeri ve gördüğü işdir. Cass. Soc. 30 Juin

eleştirilmektedir. Eleştirilere göre, son çare ilkesinin uygulanması açısından işletme veya grup şirket sınırlarının kullanılması mümkün olabilir. Ancak feshedilecek işçilerin seçimi aynı yararı sağlamayacaktır. Böylesi bir işlem, ekonomik nedenle işin ortadan kalkması arasındaki nedensellik bağının kesilmesine neden olmaktadır.¹³⁷

Fransız hukukunda sosyal ölçütlerde ilk olarak, yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi olup olmadığına bakılacak ve varsa, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümler öncelikle uygulanacaktır. Ancak toplu iş sözleşmesi yoksa işveren, öncelikle ekonomik ve sosyal konseye danışarak, kanunda sıralanan ölçütleri uygulayacaktır. Bunlar, ailesel bakım yükümlülüğü, işçinin kıdemi, işçilerin yeniden işe alınmalarını zorlaştıracak yaş ve engellilik gibi faktörler ile mesleki niteliklerdir. Kanuna göre işveren, bu kriterler arasında seçim sırasını objektif ve makul davranmak şartıyla belirleyebilecektir. Bu konuda Alman hukukuna benzer şekilde, işverenin kriterleri uygulama konusundaki gayreti belirleyici olacaktır. İşverenin toplu işten çıkarmaları için düzenlenen L. 1233-5 karşısında, L.1233-7'ye göre bireysel nitelikteki işten çıkarmalarda da aynı kriterlerin esas alınacağı kabul edilmiştir. Söz konusu ölçütler, kanunla işverene yüklenen bir yükümlülük niteliği taşıdıklarından artık bunlara uyduğunu ispatlaması gereken kişi işverendir. Fransız Yargıtayı bu yöndeki bir kararında¹³⁸, mesleki nitelikler ölçütüne dayanarak feshi gerçekleştiren işverenin, sözleşmesi feshedilen işçinin diğer işçilere nazaran mesleki anlamda yetersiz olduğunu ispat etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Fransız hukukunda işverenin sosyal seçim ilkesine uymaksızın fesih işlemleri gerçekleştirmesinin yaptırımını ise kanuni olarak düzenlenmemiştir. İşverenin, sosyal seçim ilkelerine aykırı fesihleri Yargıtaya göre feshin geçersizliği veya sosyal olarak haksız olduğu gibi bir sonuç doğurmayacaktır. Yüksek Mahkeme, böyle bir feshe muhatap olan işçinin ancak genel hükümlere göre zararını karşılayacak bir tazminat talep edebileceğine hükmetmektedir. Burada işçinin talep edebileceği zarar, gerçek zararıdır.¹³⁹

SONUÇ

Dış kaynak kullanımı, işletmelerin birtakım işletmesel gereklilikleri, işletme dışındaki bir kuruluştan temin etmeleri olarak tanımlanmaktadır. İşletmeler bu yöntem sayesinde, üretim faaliyetinin ana kısmına odaklanarak üretimde kaliteyi artırmayı, aynı zamanda maliyetleri düşürmek suretiyle serbest ve rekabetçi piyasada ön plana çıkmayı hedeflemektedir. İşveren, işletmesinde maliyetleri düşürmek gibi birtakım nedenlerle dış kaynak kullanımı metodunu benimsediği takdirde almış olduğu karar iş hukuku anlamında işletmesel karar olarak adlandırılır. İşverenin işyeri ya da işletmesi içerisindeki bir birimi işletmesel kararına dayalı olarak devretmesi ya da kapatması işçilerin iş

1993, Ali Güzel/ Emre Ertan, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, C.4, S.16, 2007, Legal İSGHD, s.1270.

¹³⁷ Michel Despax, “L’ordre des Licenciements Dans Les Entreprises à Établissements Multiples”, S.3, 1994, Droit Social, s.243-244.

¹³⁸ Cass. Soc., 28 Janvier 2004, 01-46.442.

¹³⁹ Pelissier/Supiot/Jeamnaud, s.552.

sözleşmeleri üzerinde sonuç doğurduğundan anılan işletmesel kararlar iş hukuku açısından değerlendirilmeye muhtaçtır.

İşletmesel karar, işverenin gelecekteki iş ve işletme politikalarına ilişkin, işletmeye yönelik kararlar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır. İşletmesel kararın geniş anlamı ile işverenin işletmesi ile ilgili aldığı her türlü karar olduğu söylenebilir. Yargıtay kararlarında sıkça yer verilen bu kavram, açık bir kanuni düzenlemeye konu edilmemiştir. İşletmesel kararın hukuki dayanağı, Anayasanın sözleşme ve girişim özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesidir. Buna göre işverenin, istediği kişilerle sözleşme yapabilmesi kural olarak mümkün olmakla birlikte, yine sahip olduğu girişim özgürlüğü çerçevesinde kural olarak dilediği alanlarda teşebbüsler kurması ve bunları iradesine uygun bir biçimde yönetmesi mümkün olacaktır. Alman hukukunda da benzeri bir yaklaşım gözetilerek Anayasanın 12. maddesindeki girişim özgürlüğünün işletmesel karar alma özgürlüğüne hukuki dayanak teşkil ettiği kabul görmekle birlikte, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde de feshin geçerliliğine ilişkin nedenlerden söz edilirken işletmesel kararlar işçinin çalıştığı mevkinin ortadan kalkması ibaresi kullanılmakta ve işletmesel karara vurgu yapılmaktadır.

İşverenin, girişim özgürlüğü çerçevesinde aldığı işletmesel kararları birtakım ayrımlara tabi tutulabilir. İşletmesel karara yönelik ayrımların, teorik bir tartışma olduğu kadar pratik sonuçları da bulunur. Konuya ilişkin en temel ayrım, işletmesel kararın nedenine yönelik işletme içi- işletme dışı ayrımıdır. Her iki gerekçe ile alınan işletmesel kararlarda ispat kolaylığı birbiri ile eşdeğer değildir. İşverenin, işletme dışında bir sebebe dayandırdığı fesihlerde işletmesel gereklilikleri ispat etmesi daha kolay olacaktır. Ancak işverenin işletme içi bir nedene dayanarak aldığı fesih kararında, işyerinde içsel gereklilikler ile yeni bir organizasyon kurulduğunun ve işçilerin bu sebeple artık çalışma imkanı kalmadığının ispatı daha güç görünmektedir. Yargıtay, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı işletme içi nedene dayalı karar olarak değerlendirmekte ve karar sonucu fesihleri bu kapsamda denetlemektedir. İşveren, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararın amaca uygunluğu ve gerekliliğine ilişkin ispat zorunluluğu altında olmamakla birlikte işletme içinde feshi engellemek için tedbirler aldığını ispat etmekle yükümlüdür.

İşverenin işletmesel kararı sonucu işyerinde yeniden organizasyona gitmesi dış kaynak kullanımı kavramı ile örtüşür. İşverenin bir birimi alt işverene bırakmaya yönelik kararı da Yargıtay içtihatlarında dış kaynak kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Bu yöndeki işletmesel kararlar, kanunun alt işverenlik ilişkisinin kurulması için belirlediği unsurlar, muvazaa karineleri ve genel muvazaa ilkeleri çerçevesinde denetlenmelidir. İşverenin bir birimi alt işverenlik ilişkisi kurmayacak şekilde devretmesi ve faaliyeti kendi işletmesi bünyesinden dışlaması da mümkündür. Anılan kararın yerindelik ve amaca uygunluğu bakımından değil, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağı çerçevesinde denetlenmesi gerekir.

Alman iş hukukunda, karar verilen ana kadar işletme içerisinde ve işletme kaynaklarıyla elde edilen üretim çıktısının artık dışarıdan temin edilmesi dış kaynak kullanımı olarak görülmektedir. İşverenin dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel kararı, işyeri bölümünün devri ya da kapatılması sonucu doğurur. İşyeri bölümünün kapatılması sonucunu doğuran işletmesel karar, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu uyarınca denetlenir. İşverenin ilk ihtimali seçmesi halinde Alman hukukunda kanuni olarak düzenlenmemiş alt işverenlik ya da BGB § 613a'da düzenlenmiş işyeri devri ilişkisi ortaya çıkabilir. Alt

işverenlik kurumunun düzenlenmemiş olması karşısında yapılacak denetimler işyeri devri ve BGB § 278'de düzenlenen ifa yardımcısının eyleminden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde yapılır.

İşletmesel karar, kural olarak denetime konu edilmez. Ancak her hak gibi kötüye kullanımı mümkün olduğundan dürüstlük kuralı çerçevesinde genel denetimi gerçekleştirilir. Yine, dış kaynak kullanımına yönelik işletmesel karar söz ettiğimiz hukuki kurumları doğurduğunda, her kurumun kendisine yönelik denetim mekanizmaları uygulama alanı bulur. Ancak işletmesel kararın esas denetimini karara dayalı fesihler oluşturur. Alman hukukunda, işverenin bir birimi maliyet nedeniyle kapatması ile işletmesel kararı çerçevesinde üçüncü bir kişiye devretmesi aynı kapsamda değerlendirilmez. Dış kaynak kullanımı metodu, işverenin tamamen girişim özgürlüğüne dayalı bir karar olarak yalnızca keyfilik, kanun ile düzenlenmiş son çare ilkesi ve sosyal seçim kriterleri çerçevesinde denetlenir. Fransız hukukunda dış kaynak kullanımı temelli fesihler ekonomik nedenle yapılan fesihler olarak görülür ve ekonomik nedeninin ağırlığı, işyerinin faaliyet sektörü, özellikle de sunulan ürün, mal veya hizmetlerin niteliği, hedeflenen müşteri kitlesi ve aynı pazara ilişkin dağıtım ağları ve yöntemleri ile birlikte değerlendirilir.

Türk hukukunda ise karara dayalı fesihlerin öncelikle objektif, makul ve keyfi olup olmadığı, ardından işverenin aldığı, istihdam fazlasına yol açan işletmesel kararı sürekli, kalıcı ve samimi bir biçimde uygulayıp uygulamadığı denetlenir. İşverenin tutarlı davranışlarda bulunduğu, birbiri ile çelişmeyen davranışlarından çıkarılır. Anılan denetimlerden geçen işletmesel karara dayalı fesih, üç alt ilkeden oluşan ölçülülük denetiminden geçer. Ölçülülük denetimi, kararın amacı gerçekleştirmeye elverişliliği, aracın gerekliliği ve araç ve müdahalenin ağırlığı arasındaki orantı yönünden değerlendirme gerektirir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E, "Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk", S.20, 2010, Sicil İHD, ss.215-252.
- Alp M, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul, 2002, ss.91-126.
- Alpagut G, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?- Karar İncelemesi", S.4, 2006, Sicil İHD, ss.95-105.
- Altıntepe A, "Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.
- Ascheid R/Preis U/Schmidt I, Kündigungsgesetz, 5. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2017.
- Astarlı M, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", S.17, 2010, Sicil İHD, ss.74-88.
- Auzero G/ Baugard D/ Dockés E, Droit du Travail, 36. Baskı, Dalloz, Paris, 2022.
- Baskan E, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Başbuğ A/ Yücel Bodur M, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2018.
- Başterzi S, "Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerindeki Etkileri", C.54, S. 3, 2005, AÜHFD, ss.53-94.
- Baycık G, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Boeddinghaus R, "Die alte und neue Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung", C.49, S.1, 2001, Arbeit und Recht, ss.8-11.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri İle Fesih", C.14, S.54, 2017, Legal İSGHD, ss.671-703.
- Centel T, İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Däubler W, "Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?", C.61, S.1, 2013, Arbeit und Recht, ss.9-15.
- Despax M, "L'ordre des Licenciements Dans Les Entreprises à Établissements Multiples", S.3, 1994, Droit Social, ss.243-250.
- Dilaver U, Sermaye Şirketlerinde İşveren ve İşveren Vekili, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Dinç İ C, "Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden Hizmet Alımının İş Hukukunda Dış Kaynak Kullanımı (Outsourcing) Bakımından Değerlendirilmesi", C.17, S.68, Legal İSGHD, ss. 1555-1582.
- Doğan Yenisey K, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Dulay D, "İşletme Gereklerine Dayanan Fesih", C.5, S.46, 2010, Terazi Hukuk Dergisi, ss.89-94.

- Dursun Ateş S, İşverenlerin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ekonomi M, Ferdi İş Hukuku, C. I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980.
- Engin M, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Erkanlı B, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", C.18, S.1, 2016, DEÜHFD, ss.63-111.
- Fabre A, "De la Faute Retrouvée Dans la Contestation des Suppressions d'emplois", S.9, 2018, Revue de Droit du Travail, ss.570-571.
- Gea F, "Le Droit du Licenciement Économique à L'épreuve de la Sécurisation de L'emploi", S.3, 2013, Droit Social, ss.210-222.
- Güzel A, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 2010 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Türk Milli Komitesi, 25-26 Kasım 2011, Ankara, 2002, ss.131-284.
- Güzel A, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", S.4, 2005, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.159-182.
- Güzel A/Ertan E, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", C.4, S.16, 2007, Legal İSGHD, ss.1219-1307.
- Henssler M/ Willemsen H J/ Kalb H J, Arbeitsrecht Kommentar, 10 Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2022.
- Hromadka W/Maschmann F, Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, 7. Baskı, Springer, Berlin, 2018.
- Hubmann H, "Grundsätze der Interessenabwägung", S.2, 1956, Archiv für die Civilistische Praxis, ss.85-134.
- International Labour Organization, National Reports on Outsourcing, XVth Meeting of European Labour Court Judges, Erfurt, Almanya, 2007.
- Kar B, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", S.17, 2008, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.101-129.
- Keser H, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Köme A, "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.
- Lankford W/Parsa F, "Outsourcing: A Primer", C.37, S.4, 1999, Management Decision, ss.310-316.
- Mollamahmutoğlu H/Astarlı M/Baysal U, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022.
- Müller-Gloge R/Preis U/Schmidt I, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Baskı, C.H. Beck, Münih, 2023.
- Nerlich J/Romermann V, Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, §125 Interessenausgleich und Kündigungsschutz,, InsO §125, C.H.Beck, 2012.
- Özkaraca E, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

- Pélissier J/Supiot A/Jeammaud A, Droit du Travail, 21. Baskı, Dalloz, Paris, 2002.
- Pfeiffer T, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band. 3/2, Schuldrecht 1/2, §243-304, 13. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, 2014.
- Soyer P, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, S.1, 2006, Sicil İHD, ss.16-28.
- Süzek S/Başterzi S, İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.
- Taşkent S, “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, S.21, 2011, Sicil İHD, ss.15-24.
- Taşkent S, İşverenin Yönetim Hakkı, Met-Er Matbaası, İstanbul, 1981.
- Timur H, “Norm Kadro Saptama Teknikleri ve Norm Kadro Kılavuzunu Hazırlama Yöntemi”, C.22, S.2, 2004, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.201-221.
- Tolu Yılmaz H, Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2023.
- Tschöpe U, Arbeitsrecht Handbuch, 13. Baskı, OttoSchmidt, Köln, 2023.
- Tulukcu N B, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi”, S.18, 2010, Sicil İHD, ss.129-142.
- Ugan Çataalkaya D, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Ulucan D, “Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi”, C.12, S.47, 2015, Legal İSGHD, ss.49-82.
- von Huene-Hoyningen G, “Subunternehmervertrag oder illegale Arbeitnehmerüberlassung?”, S. 25, 1985, Betriebs-Berater.
- Yıldız G B, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, C.15, Özel Sayı, 2013, DEÜHFD, ss.681-707.
- Yücel Bodur M, “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, C.1, S.2, 2015, İş ve Hayat Dergisi, ss.137-167.
- Zwanziger B, “Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Interessenausgleichs mit Nennung der zu kündigenden Arbeitnehmer”, C.45, S.11, 1997, Arbeit und Recht, ss.427-434.