



TERMINATION DUE TO DOWNSIZING DURING AND AFTER THE PANDEMIC PROCESS

Fatih AKPINAR¹
Özlem DEMİR²

Abstract

The new type of coronavirus (COVID-19) has spread throughout the world since the beginning of 2020. It has become the cause of the socio-economic crisis, which is not only created a health crisis but also deeply affected social and economic life. In particular, the economic recession experienced during this period triggered contraction and market loss in some sectors. The tendency of employers to lay off workers has increased due to downsizing and the closure of enterprises. In this study, the situation of the termination of the employment contract due to the downsizing of the employer against the provisions of the Labor Law code 4857 regarding the termination of the employment contract has been examined in terms of the provisions and consequences of both the Covid-19 pandemic process and the post-pandemic period. Termination of the employment contract of a worker who is covered by the "job security" in accordance with article 18 of the Labor Code must be based on a valid reason in the event that there is no justified reason. Otherwise, there will be an "invalid termination", which will have different consequences in terms of results and provisions. At the same time, going to downsize at work is a valid reason for termination. This reason is considered among the "reasons arising from the requirements of the enterprise, workplace or enterprise dec. It is also classified as an in-house cause. However, in a process where there are "termination bans" in the pandemic process, the termination of the business with the reason of downsizing (as a valid reason) is an external reason and brings along discussions in the doctrine. Because, it is important which legal sanctions will be subject to the termination of the employer for a reason other than contrary to the rules of morality and goodwill in the period when the termination ban is in effect. As a result, when the provisions of the relevant article are examined and the general purpose of the prohibition of termination provision is taken into account (subject to worker job security or not), it is concluded that the termination made during the prohibition period should be considered invalid due to violation of the mandatory provisions of the law. For this reason, it should only be satisfied with the determination of the invalidity without the need to file a return to work lawsuit.

Article History:

Date submitted:
7 October 2021
Date accepted:
25 November 2021

Jel Codes:

K0, K12, K31.

Keywords:

Termination Due to
Downsizing,
Termination Ban,
Pandemic.

Suggested Citation: Akpınar, F. & Demir, Ö. (2022). Termination Due to Downsizing During and After the Pandemic Process. *Cumhuriyet University Journal of Economics and Administrative Sciences*, 23(1), 204-225.

¹ Res. Asst., Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Labor Economics and Industrial Relations, fatih.akpinar@gop.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2832-4213

² Asst. Prof. Dr. Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Labor Economics and Industrial Relations, ozlem.demir@gop.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8974-3825



PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

Fatih AKPINAR¹
Özlem DEMİR²

Öz

2020 yılının başından itibaren tüm dünyaya yayılan yeni tip koronavirüs (Covid-19) virüsü, sadece bir sağlık krizi olmayıp sosyal ve ekonomik hayatı derinden etkileyen önemli bir sosyo-ekonomik krizin nedeni olmuştur. Özellikle bu süreçte yaşanan ekonomik durgunluk, bazı sektörlerde daralma ve pazar kaybını tetiklemiştir. Bu doğrultuda işletmelerin küçülmesi ve kapatılması gibi nedenlerle işverenlerin işçi çıkarma eğilimi artmıştır. Bu çalışmada işverenin küçülmeye gitmesi nedeni ile iş sözleşmesi feshinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun iş sözleşmesi feshi hükümleri karşısındaki durumu hem Covid-19 pandemi süreci hem de pandemi sonrası döneme ilişkin doğuracağı hüküm ve sonuçlar açısından inceleme yapılmıştır. İş Kanunu'nun m.18 gereğince "iş güvencesi" kapsamında olan işçinin iş sözleşmesi feshi geçerli bir nedene dayandırılmak zorundadır. Aksi takdirde "geçersiz fesih" söz konusu olup, sonuç ve hükümler açısından farklı sonuçlar doğuracaktır. Bu noktada işyerinin küçülmesi ise bahsi geçen hüküm çerçevesinde "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan" nedenler arasında ele alınan ve genellikle işletme içi neden olarak kabul edilen geçerli bir fesih nedenidir. Ancak pandemi sürecinde "fesih yasakları"nın olduğu bir süreçte küçülme gerekçesi ile (geçerli bir neden olarak) fesih yoluna gidilmesi işletme dışı bir neden olmakta ve doktrinde tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Çünkü, fesih yasağının yürürlükte olduğu dönemde işverenin "ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık" haricinde bir sebeple yapacağı feshin hangi hukuki yaptırımlara tabi olacağı önem arz etmektedir. Sonuç olarak ilgili madde hükümleri incelendiğinde ve fesih yasağı hükmünün genel amacı gözetildiğinde (işçi iş güvencesine tabi olsun ya da olmasın) fesih yasağı döneminde yapılan feshin, kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Bu nedenle işe iade davası açılmasına gerek duyulmadan sadece geçersizliğin tespiti ile yetinilmelidir.

Makale Geçmişi:

İletilen Tarih:

7 Ekim 2021

Kabul Tarihi:

25 Kasım 2021

Jel Kodları:

K0, K12, K31.

Anahtar Kelimeler:

Küçülme Nedeniyle
Fesih, Fesih Yasağı,
Pandemi.

Önerilen Alıntı: Akpınar, F. & Demir, Ö. (2022). Pandemi Sürecinde ve Sonrasında Küçülme Nedeniyle Fesih. Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 23(1), 204-225.

¹ Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, fatih.akpinar@gop.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2832-4213

² Dr. Öğr. Üyesi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, ozlem.demir@gop.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8974-3825

1. GİRİŞ

Ekonomik kriz, piyasadaki durgunluk, salgın hastalıklar, işletmenin yeni teknolojiler kullanmaya başlaması, sektörel daralma, pazar kaybı gibi pek çok neden istihdam fazlalığına, işverenin işletmede küçülmeye gitmesine, birimlerinin bir veya birkaçını kapatmasına neden olmaktadır. İşverenlerin anılan durumlar karşısında aldıkları kararlar çoğu zaman işçi çıkarmayla sonuçlanmaktadır. Kuşkusuz, işverenlerin hangi gerekçeyle olursa olsun küçülmeye gidebilmeleri, teşebbüs özgürlüğünün bir uzantısıdır. Ancak söz konusu tasarruflar, iş ilişkisini etkilediği takdirde, iş hukuku mevzuatı çerçevesinde sınırlamalara ve denetime tabidir. İçinde bulunduğumuz Covid-19 pandemi sürecinde salgının yayılma hızını düşürmeye yönelik alınan tedbirler, ekonomik hareketliliğin ciddi anlamda yavaşlamasına neden olmaktadır. Çoğu sektör bu durumdan olumsuz etkilenmiş, işverenlerin işçi çıkarma eğilimi artmıştır. Bundandır ki geçici bir süreliğine de olsa pandemi sürecine özgü fesih yasağı gündeme gelmiştir. Ancak pandemi sonrası ekonomik toparlanmanın kısa sürede gerçekleşmeyecek olması, kimi sektörlerde bu durumun daha belirgin biçimde hissedilmesi, fesih yasağının sona ermesi ile birlikte işverenlerin önemli ölçüde işçi çıkarma yoluna gitmesi ihtimalini gündeme getirmektedir.

Çalışmada işverenin küçülmeye gitmesi nedeniyle fesih yoluna gitmesinin, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun (İŞK) iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümleri karşısındaki durumu incelenmiştir. Bu anlamda küçülme nedeniyle feshin haklı veya geçerli nedenler arasında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, bu yöndeki yargısal denetimin hangi kriterler çerçevesinde yapıldığı ele alınmıştır. Bu doğrultuda üç bölümden oluşan çalışmada, öncelikle fesih kavramı ve nedenleri üzerinde durularak fesih nedenleri arasında ayırım ortaya konulmuş, küçülme nedeniyle feshin hangi tür fesih nedeni olarak nitelendirileceği değerlendirilmiştir. İkinci bölümde pandemi sürecine özgü yasal düzenlemeler karşısında küçülme nedeniyle feshin hüküm ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise geçici tedbirlerin sonlanacağı pandemi sonrasında küçülme nedeniyle yapılacak fesihlerin yargısal denetimine ilişkin kriterler Yargıtay kararları çerçevesinde incelenmiş, nihayet bu kriterler Covid-19 pandemi süreci ile birlikte değerlendirilerek çalışma tamamlanmıştır.

2. GENEL OLARAK FESİH KAVRAMI VE NEDENLERİ

2.1. Hukuki Niteliği

İrade özerkliği, her özgür bireyin borç ilişkilerini dilediği gibi düzenleyebilmesini ve bireyin kendi davranışının sınırlarını yine kendi kendisine bulmasını ifade eder (Ateş, 2007: 76). Bundandır ki özel hukukta borcun kaynaklarından olan sözleşmenin meydana gelmesinde irade özerkliği ilkesi benimsenmiştir (Kayıhan, 2012:46). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "sözleşme özgürlüğü" kenar başlıklı 26.maddesi bu ilkenin pozitif dayanağını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır (Karagülmez, 2020:2).

TBK'da benimsenen ve Anayasa'da koruma altına alınan irade özerkliği ilkesi, prensip olarak sözleşmeyi değiştirme veya tamamen ortadan kaldırma özgürlüğünü de içinde barındırır (Remzi ve Aydın, 2011:32). İş hukukunda fesih kavramı da; tam bu noktada karşımıza çıkan, iş sözleşmesini sona erdiren tek taraflı bir irade bildirimidir (Uşan ve Erdoğan, 2020:147; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, 2014:166; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020:477; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:241; Akyiğit, 2021:227). Sözleşme tarafları bu sayede, dürüstlük

kurallarına göre sözleşmenin devamına zorlanamayacakları hallerde sözleşme bağından kurtulma imkanına kavuşacağı gibi sınırsız bir sürece sözleşmeye bağlı kalmaktan kurtulma imkanına da kavuşur (Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020: 476).

Fesih hakkının bu yönüyle bozucu yenilik doğuran hak olduğu (Süzek, 2018:511; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:241, Uşan ve Erdoğan, 2020:147), feshin hüküm ve sonuçlarının ise feshe ilişkin beyanın karşı tarafa ulaştığı anda (Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020:480)¹ doğacağı doktrinde baskın olarak kabul edilen görüştür (Korkmaz ve Alp, 2014:173). Yargıtay'ın da haklı olarak benimsediği üzere, feshin geçerlilik şartların mevcudiyeti, feshe ilişkin beyan karşı tarafa ulaştığı anda aranmalıdır². Yine feshin hüküm ve sonuçları geçmişe değil fesih bildiriminin sözleşmenin karşı tarafına ulaştığı andan itibaren ileriye etkili olarak doğar (Uşan ve Erdoğan, 2020:148).

2.2. Haklı Neden-Geçerli Neden ve Haksız Fesih- Geçersiz Fesih Ayrımı

İşK.'da haklı neden ve geçerli neden ayrımına ilişkin kıstaslar açıkça belirtilmemiştir (Erdoğan, 2019:87-88). Aynı şekilde İşK.'da haksız fesih-geçersiz fesih ayrımı da net olarak ortaya konulmamıştır. İşK.'nın “feshin geçerli sebebe dayandırılması” kenar başlıklı 18.maddesinde, aynı maddenin uygulanacağı şartların mevcut olduğu durumda feshin geçerli bir sebebe dayandırılması koşulu getirilmiştir. Böylece kanun koyucu, işçi ve işverene ilişkin m.18 hükmünde sayılan koşulların varlığı halinde işverenin fesih hakkını, haklı sebeplerin olmadığı durumlarda “geçerli bir sebep” oluşuncaya kadar sınırlandırma yoluna gitmiştir (Uçum, 2003:138). İşK. m.18 ile m.21 hükümleri iş güvencesi içeren hükümler olarak ifade edilebilir. İş güvencesi, işverenin fesih hakkını sınırlandırmak suretiyle işçinin feshe karşı korunması noktasında somutlaşan bir kavramdır (Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:304). Hemen belirtmek gerekir ki geçerli sebep kavramı, Türk iş hukukuna (158 sayılı ILO Sözleşmesi esas alınarak benimsenen (Güzel, 2005:58)) iş güvencesi sisteminin girmesi ile dahil olmuş bir kavramdır (Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020:509; Topal, 2008:26). Daha önce yalnızca “haklı sebep” üzerinden fesih sebebi değerlendirilmesi yapılıyordu. 4857 İş Kanunu 24. ve 25. maddelerde sayılan “haklı sebepler” kadar ağır olmayan ama iş akdinin sonlandırılması için yeterli kabul edilen “geçerli sebep” kavramını içermektedir (Uşan ve Erdoğan, 2020:158-159).

İşK. 18.maddesinde, uygulamaya ve doktrine, bu ayrımı yapabilme hususunda yardımcı olmak adına “işçinin yeterliliği veya davranışları” ile “işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri” başlıklı sebepler sayılmış, madde gerekçesinde de örneklendirilmiştir. Anılan hükmün devamında ise nelerin geçerli sebep oluşturulamayacağı sayılmıştır. Sayılan bu sebepler örnek teşkil ettiğiinden “tahdidi” değil “tadadidir” (Demir, 2006:471; Günay, 2020:133; Erdoğan, 2020:87). O halde *geçersiz fesih*, ilk olarak geçerli sebebe dayandırılması gereken fesih bildiriminde geçerli sebebin olmayış hali olarak tanımlanabilir. İkinci olarak fesih sebebinin geçerli olduğu ancak öngörülen fesih usulüne uyulmayan fesih bildirimini durumu da *geçersiz fesih* olarak nitelendirilir (Demir, 2006:471).

Bu durumda *haksız fesih* kavramı da, (“haklı neden” in arandığı hallerde) haklı nedene dayanmayan fesih olarak meydana gelebileceği (Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:272-

¹ Ancak Bazı Hallerde (İşçinin Hastalığı, Ceza Evinde Bulunması vb.) Varma Değil Öğrenmenin Esas Alınmasının Hakkaniyete Daha Uygun Olacağı İleri Sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akı, Altıntaş ve Bahçivancılar, 2005:11-12; Akyiğit, 2021:229.

² TC.Yargıtay, 9.HD. 2011/35264E., 2012/6759K., 05.03.2012T., Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.24, S: 1-2, Şubat-Mayıs, 2012, s.8.

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

273; Korkmaz ve Alp, 2014:190; Akyiğit, 2021:291) gibi haklı nedenin varlığına rağmen tabi olduğu usul kurallarına³ (İşK.md.26) uyulmadan yapılan fesih olarak da meydana gelebilir (Akyiğit, 2021:291). Haklı nedenin ne olduğu ise İşK'da belirtilmemiş olup İşK'da sadece nelerin haklı sebep sayılacağı işçi ve işveren açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir (m.24 ve m.25). TBK 435.maddesine göre dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı neden olarak kabul edilir. TBK'daki bu hüküm aynı zamanda haklı nedenle feshin de hukuki dayanağını oluşturur (Süzek, 2018:679). Yine de İş K.'na tabi sözleşmelerde TBK m.435 hükmünden yola çıkarak bir haklı sebep tespiti yapma yoluna gidilmemelidir (Günay, 2020:147; Arslan, 2012:7). Zira haklı nedenler İşK. 24. ve 25. maddelerinde sayılmıştır ve bu haller söz konusu olduğunda sözleşmenin taraflarından birisi için dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisine devam etmenin çekilmez (katlanılmaz) hale geldiği kabul edilir (Süzek, 2018:679). Anılan hükümlerin II.bentlerinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sayılmıştır. Bu hallerin İşK. m.24/II ile m.25/II'de belirtilen hallerle sınırlı bir sayım olduğu kabul edilemez (Tunçomağ ve Centel, 2013:215). Nitekim, söz konusu hükümlerin "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" biçimindeki başlıkları, bu sayımın sınırlı olmadığını açıkça göstermektedir. Kaldı ki, haklı neden sayılabilecek olayları (davranışları) önceden ve tam olarak saptamak da mümkün değildir (Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:242). Buna göre ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden hallerin, en sık rastlanan örnek olaylar biçiminde sayıldığı kabulü yerinde olur (Uşan ve Erdoğan, 2020:168).

Geçerli sebep ise bu seviyede ağır bir etki yaratmamakla birlikte taraflardan birinde iş ilişkisini, işçinin iş görme borcu ve işyerinin normal işleyişi üzerinde olumsuz etki yaratır (Erdoğan, 2019:86; Topal, 2008:27). Bu ayrımın somut sonucu olarak her haklı neden aynı zamanda geçerli neden teşkil eder. Bir başka ifadeyle her haklı nedene dayalı fesih aynı zamanda geçerli nedene dayalı fesihtir ancak her haksız fesih aynı zamanda geçersiz fesih anlamına gelmez (Kar, 2008:101; İnciroğlu, 2006:176).

2.3. Küçülmenin Fesih Nedenleri Arasındaki Yeri

İşK.m.18 gereğince otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde işveren tarafından yapılan feshin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan, en az altı aylık kıdemi olan işçinin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayandırılması gerekir. Aksi takdirde geçersiz fesih söz konusu olacaktır. Bunlardan işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler, işletme dışı ve işletme içi sebepler olarak iki başlıkta incelenmektedir (Uşan ve Erdoğan, 2020:160, Temel ve Bayrak, 2020:175; Kut ve Koç, 2017:367)⁴. Buna göre işyeri dışından kaynaklanan sebepleri; satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkeden yaşanan ekonomik kriz, pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler oluştururken, işletme içi sebepleri yeni teknoloji kullanımı, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, çalışma konusunu da oluşturan işyerinin küçülmesi gibi sebepler oluşturur (Uşan ve Erdoğan, 2020:160; Demircioğlu, Centel ve

³Kanun'un mevcut hükümlerinden, haklı nedenle derhal fesih halinde 19.maddede öngörülen usule ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı sonucunun çıkacağı uygulama ve doktrinde genel kabul görmeye birlikte bu kabule yönelik eleştiriler için Bkz. Sarıbay, 2007,: 87 vd.; Yine mevcut hükümlerden 19.maddede öngörülen usulün haklı nedenle fesihte de uygulanması gerektiği anlamı çıktığını savunan yazarların gerekçeleri için bkz. Çalık, 2005:75; Bizim de katıldığımız, haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde İşK.'nın 19.maddesinde iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi için öngörülen şekli koşulların yerine getirilmesinin gerekli olmadığı yönünde Yargıtay kararı için bkz. T.C. Yargıtay, 9.HD, 2006/272E., 2006/1820K,30.01.2006T., Temir, 2011:141-142.

⁴Alman Federal Mahkemesi söz konusu ayrımı ilk kez 07.12.1978 tarihli kararında yapmıştır. Doktrinde bu ayrıma ilişkin tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, 2013:307.

Kaplan, 2019:175; Manav, 2010:47; Centel, 2013:106-112, Demir, 2006:488; Senyen-Kaplan, 2005:214-215; Şakar, 2011:172; Kurt ve Koç, 2015:367; Kar, 2008:109; Temel ve Bayrak, 2020:175). Sayılan bu sebepler İşK'da yer almamakla birlikte İşK'nın 18.maddesinin gerekçesinde örnek olarak sayılan sebeplerdir (TİSK, 2009:97).

İşletmenin küçülmesi olarak ifade ettiğimiz durum ise anılan hükümde geçen “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” nedenler arasında ele alınan, genellikle işletme içi neden olarak kabul edilen geçerli fesih nedenidir. Nitekim bu niteleme, Yargıtay'ın işletme içinden kaynaklanan sebepleri örnek olarak sıraladığı bir kararında da ortaya konulmuştur: “İşletme içi sebeplerden, rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağına karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Leanmanagement'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir”⁵.

Buna karşın pandemi sürecinin ekonomik hareketlilik üzerindeki etkisiyle talep ve arzın ciddi anlamda düşmesi, pazar kaybına yol açması işletmeyi küçülmeye itiyorsa bu halde küçülmenin işyeri dışı faktörlerden kaynaklandığı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda işveren işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymakla yükümlüdür (Can ve Çakmak, 2016:714; Kılıçoğlu ev Şenocak, 2013:301)⁶. Başka bir ifadeyle işletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde, sadece işletmedeki iş yoğunluğuna illiyet bağı içinde doğrudan doğruya etki ettiğinde dikkate alınır (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2013:303).

Belirtmek gerekir ki işyeri ve işe ilişkin ülkede ekonomik krizin baş göstereceği yahut yaptırımla karşılaşma ihtimaliyle ham madde sıkıntısı yaşanacağı gibi henüz gerçekleşmemiş olumsuz beklentiler geçerli neden teşkil etmez (Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:314).

3. KÜÇÜLME NEDENİYLE FESHİN YARGISAL DENETİMİ

3.1. Pandeminin İş İlişkilerine Etkileri

Pandemi, Eski Yunanca'da tüm anlamına gelen “pan” ile insanlar anlamına gelen “demos” kelimelerinden türetilmiştir (Çoşkun-Karadağ, 2020:402). Tıbbi terim olarak ise dünyada birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara verilen genel isim şeklinde tanımlanmaktadır (T.C. Sağlık Bakanlığı, 2020). Yeni tip koronavirüs (Covid-

⁵ T.C. Yargıtay 9.HD 2009/30680E.,2010/29165K.,15.10.2010T., Çalışma ve Toplum, 2011/2, 405-406.

⁶ T.C.Yargıtay 9.HD 2014/30676E., 2015/822K., 15.01.2015.

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

19), ilk olarak 1 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Vuhan Eyaleti'nde solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) ile birlikte görülmüş ve zatürreye dönüşerek ölüme neden olan bulaşıcılığı yüksek bir salgın hastalıktır (Balcı ve Çetin, 2020:41). Covid-19'un hızla yayılması nedeniyle, ülkemizde de ilk vakanın görüldüğü 11.03.2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi ilan edilmiştir (<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66494/pandemi.html>). Covid-19 salgınının pandemi olarak ilan edilmesiyle toplumsal yaşam, salgını önlemek için alınan tedbirlerin etkisi altına girmiştir. Bu doğrultuda eğitim, eğlence, turizm, kültür, spor vb. faaliyetler askıya alınmıştır. Söz konusu sosyal kısıtlamalar mal ve hizmet üretimini olumsuz etkilemiştir. Dünya Sağlık Örgütü benzer bir pandemiyi 2009 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan domuz gribi olarak bilinen H1N1 virüsü nedeniyle ilan etmişti (Sezen, 2009:23). Ancak 2009 yılında ortaya çıkan bu virüsün yayılmasına karşı alınan önlemler, büyük oranda lokalize ve kısa süreli olması nedeniyle ekonomik etkileri de içinde bulunduğumuz Covid-19 pandemi sürecinden çok daha az olmuştur (Erdoğan, 2020:43). Günümüzde alınan tedbirler ise ekonomik hareketliliğin azalmasına, şirketlerin gelir ve giderlerinde ciddi bozulmalara yol açmış, sürecin öngörülemez olması ise istihdam fazlalığına neden olmuştur. Nitekim işverenlerin pandeminin etkileri karşısında küçülmeye gitmesini önlemek amacıyla (Göktaş, 2020:258; Kurt, 2020:60) 7244 sayılı Kanunla çeşitli düzenlemeler getirilmiştir.

3.1.1. 7244 Sayılı Kanun ve Fesih Yasağı

17.04.2020 Tarihli 7244 Sayılı Kanun "Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" başlığını taşımakta olup temel olarak işverenin ücretsiz izne çıkarma hakkı, işveren için fesih yasağı, işçiler için nakdi ücret desteği ve toplu iş sözleşmesi sürecine ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır (Alpagut, 2020:81). 7244 sayılı Kanun'un 9.maddesiyle İşK.'ya eklenen geçici m. 10/1 hükmü konumuz açısından en önemli düzenlemeyi içermektedir. Buna göre "*Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez.*" Hükümden anlaşılacağı üzere fesih yasağı işveren tarafından yapılacak fesihleri kapsamaktadır. İstisnası ise ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı hallerin varlığıdır. TC. Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü ise 11.05.2020 tarihli görüş yazısında *işyerinin kapanması ve işin sona ermesi* nedenleriyle yapılan çıkış bildirimlerinin de fesih yasağı kapsamında olmadığını açıklamıştır (Çil, 2020:197).

Öte yandan 7244 sayılı Kanunla getirilen geçici önlemlerin yürürlükte kalma süresi 17.04.2020-17.07.2020 tarihleri arasında kapsamaktadır ancak bu sürenin Cumhurbaşkanı tarafından altı aya kadar uzatılması mümkündür (Alpagut, 2020:91; Akyiğit, 2021:229). Nitekim bu önlemlerin yürürlükte kalma süresi muhtelif tarihlerde uzatılmıştır. Son olarak 30.04.2021 tarihli ve 31470 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 29.04.2021 tarih ve 3930 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla 30.06.2021 tarihine kadar uzatılmıştır.

3.1.2. Fesih Yasağına Aykırılık Hukuki Sonucu

Bu noktada fesih yasağının yürürlükte olduğu dönemde işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık haricinde bir sebeple yapacağı feshin hangi hukuki yaptırıma tabi olduğu önem arz etmektedir. Zira pandemi nedeniyle oluşan ekonomik problemler işletmeden kaynaklı geçerli sebep kategorisinde yer alır (Manav-Özdemir, 2020:141). Bu nedenle fesih yasağı olan süreçte

işverenin geçerli sebebi olsa dahi fesih yasağına tabi olduğu kabul edilmelidir (Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020:622). Başka bir ifadeyle bu süreçte işletmenin küçülme nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi fesih yasağı kapsamında olacaktır. Her ne kadar İşK. geçici m.10 hükmünde fesih yasağına aykırı hareket eden işverene idari para cezası öngörülmüşse de feshe yönelik hukuki yaptırım 7244 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir (Alpagut, 2020:93). Fesih yasağına aykırı bir feshin nasıl bir hukuki sonuç doğuracağı konusunda iki görüş öne çıkmaktadır. Bir görüş, fesih yasağı döneminde yapılan feshin haksız feshin hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu kabul etmektedir (Yürekli, 2020:41). Böylece iş güvencesine tabi işçilerin işe iade davası açabilecek (Alpagut, 2020:95; Göktaş, 2020:288), fesih yasağı dönemindeki yoksun kaldığı haklarını da talebine ilave edebilecektir (Alpagut, 2020:95). Bu ihtimalde iş güvencesine tabi olmayan işçiler de TBK 438. maddesinde öngörülen haklarını ve diğer şartları varsa kıdem tazminatı talep edebileceklerdir (Göktaş, 2020:228). Bizim de katıldığımız diğer görüş ise kanun koyucunun maddede yer vermemekle birlikte madde gerekçesinde hukuki yaptırımı geçersiz olarak belirtilmesinden ve de maddenin amacından hareketle fesih yasağı döneminde yapılan fesihlerin geçersiz kabul eden görüştür (Alpagut, 2020:94; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2020:624; Göktaş, 2020:289). Böylece işçi, çalıştırılmadığı süreye ilişkin haklarını TBK 408. maddesi hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir. İşçinin TBK'nın anılan hükmünden yararlanabilmesi için hangi kanuna tabi olduğu ve iş güvencesinin kapsamına girip girmediğinin önemi de olmayacaktır (Göktaş, 2020:289). Fesih yasağı döneminde yapılan feshe karşı işe iade davası açılması durumunda mahkeme işe iadeye hükmetmeyip, sadece feshin geçersizliğinin tespiti ile yetinebilir (Göktaş, 2021, video:01:33-01:38sn). Kanaatimizce işçi fesih yasağı döneminde geçersiz fesih yapıldığının tespiti için tespit davası açabileceği gibi tespit davası olmadan TBK m.408 hükmü gereğince açacağı alacak davasıyla da fesih yasağı döneminde yapılan feshin geçersizliğini feshin geçersizliğini yargı kararıyla tespit ettirebilir. Bu noktada işçinin alacağını talep etmeyip çalışmaya devam etmek amacıyla yalnızca hukuki ilişkinin varlığını tespit ettirmesinde hukuki yarar olduğundan HMK m.106/2 hükmündeki şartın da sağlandığı kanaatindeyiz.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer konu fesih yasağı döneminde yapılan bildirimli feshin hüküm ve sonuç doğurup doğuramayacağıdır. Zira fesih iradesini fesih yasağı döneminde ortaya koymuş bir işverenin bildirim süresi fesih yasağı sonrası bir tarihe denk gelebilecektir. Bu hususta üç görüş öne sürülebilecektir.

İlk görüş fesih yasağı içinde bildirimli feshin mümkün olduğu, bildirim sürelerinin işleyeceği fakat bildirim sürelerinin fesih yasağı içinde dolması halinde ancak fesih yasağı sona erdikten sonra feshin hüküm ve sonuç doğurmasıdır (Çil, 2020:201). Bu görüşün kabulü halinde ortaya çıkabilecek en büyük sorun bildirimli fesihle işçinin işe iade davası açma süresinin bildirimli tebliğ aldığı tarihten itibaren başlamasıdır. Yargıda sürelerin durmasına ilişkin düzenleme nedeniyle işçinin işe iade davası ile arabuluculuğa başvurma konularında hak kaybına uğramayacağı ileri sürülebilse de (Alpagut, 2020:95), fesih yasağı süresi ile erteleme süreleri arasındaki uyumsuzluk nedeniyle işçinin işe iade talepli arabuluculuk ve dava süreçlerine başvurma sürelerinin fesih yasağı içinde başlaması sonucu doğabileceğine dikkat çekilmiştir (Çil, 2020:201).

İkinci görüş bildirim sürelerinin fesih yasağı döneminde işlemeyeceği ancak fesih yasağı sona erdikten itibaren işlemeye başlayacağı yönündedir (Göktaş, 2020:290; Alpagut, 2020:95). Başka bir ifadeyle fesih bildiriminin fesih yasağı süreci sona erdikten sonra yapılmış kabul edilmesi gerekir. Bu durumda işçinin işe iade talepli arabuluculuk ve dava süreçlerinin fesih yasağının sona

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

erdiği gün başlayacağını kabul etmek gerekir. Yine bu durumda bildirim süreleri fesih yasağı süresinde işlemeyeceğinden işverenin fesih yasağı döneminde işçiye iş arama izni verme yükümlülüğü de doğmayacaktır (Çil, 2020:201).

Üçüncü ve katıldığımız görüş ise fesih yasağı düzenleyen maddenin amacı ve emredici niteliği gereği fesih bildirimini de geçersizdir ve iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin yasak sona erdikten sonra yeni bir bildirimde bulunması gerekir (Göktaş, 2020:290). İşçinin kabul edilen işe iade davasının kesinleşmesi sonrasında işverenin işe başlatmaması Yargıtay tarafından fesih niteliğinde sayıldığından⁷ işe iade davasının kesinleşmesi fesih yasağı dönemine gelen işçinin işe başlatılmaması da fesih yasağı kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak 7226 sayılı Kanun işçinin kesinleşen işe iade kararı sonrası işe başvurma ve işverenin işe başlatma süresini durduğundan böyle bir tartışmanın önüne baştan geçilmiştir (Çil, 2020:199).

4. PANDEMİ SONRASI KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

Fesih yasağının Cumhurbaşkanlığı Kararıyla 30.06.2021 tarihine kadar uzatıldığını belirtmiştik. Fesih yasağı sonrası işgücü piyasasını bekleyen en büyük tehlike işletmelerin işçi çıkarmaya yönelmesidir. Bu nedenle pandemi sürecine özgü geçici yasal düzenlemeler yürürlükten kalktığında işletmelerin küçülme nedeniyle gerçekleştirdikleri fesihlerin yargısal denetiminin ne şekilde yapılacağına ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu nedenle konu, iş güvencesi kapsamındaki işçiler ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından ayrı başlıklarda ele alınacaktır.

4.1. İş Güvencesi Kapsamında Olan İş Sözleşmelerinin Küçülme Nedeniyle Feshi

Küçülme nedenine dayalı bir feshin geçerliliği değerlendirilirken yalnızca küçülme nedeniyle fesih yapılıp yapılmadığının tespiti yeterli olmayıp, aynı zamanda uygulamada belirlenen belli başlı kriterlerin küçülme nedeniyle fesih sırasında gözetilip gözetilmediğinin de tespiti gerekmektedir. İşK.'da açıkça düzenlenmemekle birlikte öğreti ve uygulamada kabul edilen bu kriterleri başlıklar halinde değerlendirmeye çalışacağız.

4.1.1. Küçülme Olmalı

Ülkede ekonomik kriz olması, piyasa koşullarının zorlaşması, pazar kaybı, talebin daralması, satışların azalması gibi işletme dışı faktörlerin varlığı ve hatta içinde bulunduğumuz pandemi süreci dahi tek başına küçülme sonucu doğurmayabilir. Bu nedenle fesih nedeninin küçülmeye dayandırıldığı durumlarda işyerinde gerçekten de küçülmeye gidilip gidilmediğinin somut olarak ortaya konulması gerekir (Demir, 2006:489)⁸. Nitekim Covid-19 pandemi süreci her sektörü aynı şekilde etkilememektedir. Örneğin kargo, market, gıda sektörü gibi alanlarda aksine yeni istihdam ihtiyacı dahi doğmuştur. Bu nedenle salt pandeminin olması işverenin küçülme nedeniyle yaptığı feshi geçerli kılmayacaktır.

Yargıtay bir kararında küçülme nedeniyle fesihten sonra işyerinde üretimin azalmaması ve iş akdi feshedilen işçinin çalıştığı birim dahil hiçbir birimin kapatılmaması karşısında küçülmenin varlığı ortaya konulmadığından feshi geçersiz kabul etmiştir⁹. Yine bir başka kararında Yargıtay,

⁷ T.C. Yargıtay, 22.HD, 2017/26903E., 2020/1748K., 06.02.2020T.; T.C.Yargıtay, 9.HD, 2016/10791E., 2019/22179K., 11.12.2019T., Çil, 2020:199.

⁸T.C. Yargıtay 9.HD 2017/14905E., 2017/5208K., 28.03.5015T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.01.09.2021.

⁹ TC. Yargıtay 9 HD. 2004/12698E., 2004/25058K., 08.11.2004T., Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.5/2005, s.280.

turizm sektöründe faaliyet gösteren işyerinin doluluk oranının %50 oranında düşmesini gerekçe göstermesi karşısında feshin turizm sektörünün ölü sezonunda gerçekleştirilmesi üzerinde durmuştur. Doluluk oranındaki bu düşüşün mevsimsel ve olağan bir düşüş olup olmamasının net bir biçimde ortaya konulmadan karar verilmeyeceğini ifade ederek işveren lehine verilen kararı eksik inceleme nedeniyle bozmuştur¹⁰.

Yine Yargıtay, bu hususu yalnızca işverenin ispat yükümlülüğüne bırakmayıp aynı zamanda uzman bilirkişiler marifetiyle tespit ettirilerek sonuca varılması gerektiğini kararlarında vurgulamıştır¹¹. Belirtmek gerekir ki işletmenin küçülmeye gidilmesi kararının işvereni bu kararı almaya iten zorlayıcı nedenlerden dolayı alınmış olması gerekir. Aksi takdirde keyfi bir tasarrufla küçülmeye gidilmesi işletme gerekleri kapsamında değerlendirilmemelidir (Centel, 2013:11; Kar, 2008:103). Bu açıdan yapılan yargısal denetim “gereklilik denetimi” olarak da ifade edilmektedir (Kar, 2008:120-122). Yargıtay gereklilik denetiminin, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir¹².

4.1.2. İşletmesel Karar Olmalı

Küçülme nedeniyle feshin geçerli olabilmesi için her şeyden önce küçülme yönünde bir işletmesel kararın olması gerekir (Temel ve Bayrak, 2020:175)¹³. İşletmesel karar kavramına İşK. m.18. hükmünde yer verilmemekle birlikte Yargıtay, pek çok kararında işletmesel karar; işletme veya işyeri ile ilgili işverenin alabileceği her türlü karar olarak tanımlamış, işletmesel kararın örtülü olarak alındığı durumlarda ise fesih nedeninden işletmesel kararın çıkarılabileceğini belirtmiştir¹⁴. İşverenin işletmesel karar alabilmesini, işverenin gelecekteki iş politikasına ilişkin, işletmesi ile ilgili hususlarda karar alma ve bu kararların kapsamını belirleme hak ve özgürlüğü olarak ifade edebiliriz (Yücel-Bodur, 2015:138). Bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin reaksiyonunu oluşturmaktadır (Kar, 2008:108).

Türk iş hukukunda iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından bu yana işverenin iş sözleşmesinin feshine ilişkin işletmesel kararları da, yargısal denetime tabi tutulmuştur (Kar, 2008:111). Ancak belirtmek gerekir ki mahkemenin işletmesel karar üzerinde yaptığı denetim yerindelik denetimi değildir (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2013:297; Ugan-Çatalkaya, 2019:477-478; Kar, 2008:108; Temel ve Bayrak, 2020:175; Kurt ve Koç, 2015:369; Ekmekçi, 2004:167;)¹⁵.

¹⁰ TC. Yargıtay 9 HD. 2004/837E., 2004/12071K.,17.05.2004T., Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s. 5/2005, s.345.

¹¹ TC.Yargıtay 22. HD. 2017/16490 E. , 2017/5668 K. 21.03.2017, TC.Yargıtay 22. HD. 2017/3491 E. , 2017/5703 K. 21.03.2017, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.01.09.2021.

¹²T.C.Yargıtay 9. HD, 2007/16151E.,2007/30228K,15.10.2007, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 04.09.2021.

¹³TC.Yargıtay 9.HD, 2018/4502E., 2018/22900K., 11/12/2018T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 25.09.2021.

¹⁴TC.Yargıtay 22.HD., 2018/12182E., 2018/21933K., 11.10.2018T., TC.Yargıtay, 22.HD.,2018/15408E., 2018/26772K., 10.12.2018T., TC.Yargıtay, 22.HD., 2018/11968E., 2018/22378K., 17.10.2018T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 25.09.2021.

¹⁵İşletmesel kararın kurucu işveren kararı ve bağlı işveren kararı olarak iki başlıkta incelenmesi gerektiği ve bağlı işveren kararı söz konusu olduğunda yerindelik denetiminin mümkün olacağı yönünde bkz. Kar,2008:109-114.

4.1.3. İşletmesel Kararın Uygulanmasında Ölçülülük Denetimi ve Feshin Son Çare Olması İlkesi (Ultima Ratio)

İşletmesel kararın amacı ve bu amacın gerçekten gerekli olup olmadığının başka bir ifadeyle yerindelik denetiminin yargı denetimi dışında kaldığını belirtmiştik. Bu nedenle ölçülülük denetiminin, feshin kaçınılmazlığının ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiği kabul edilmektedir (Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:316; Akyiğit, 2021:305; Temel ve Bayrak, 2020:175; Kurt ve Koç, 2015:368)¹⁶. İşyerinden, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde ortaya çıkan durumun işçinin gördüğü işin ortadan kalkmasına neden olması gerektiği gibi işçinin başka bir pozisyonda çalıştırılmaya devam edilip edilemeyeceğinin de araştırılması gerekir. Bir başka ifadeyle araştırılacak husus, işletmesel karar sonucu ortaya çıkan durumun feshi kaçınılmaz kılıp kılmadığıdır¹⁷. Bu durum son çare olma ilkesi (ultima ratio) olarak ifade edilmektedir (Cengiz (Urhanoglu), 2008:59).

Yargıtay bir kararında bu ilkeyi ve uygulama esaslarını şu şekilde ifade etmiştir: “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 belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka bir işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir” (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2007:870). Yine işin zamana yayılması seçeneğinin de tüketilmesi gerektiği Yargıtay’ca gözetilen bir durumdur.¹⁸

Son çare ilkesine İşK.da açıkça yer verilmemesi nedeniyle doktrinde yasal zorunluluk olmadığı ileri sürülmüşse de (Ekmekçi, 2004:168) İşK. gerekçesinde yer verilen (Uşan ve Erdoğan, 2020:160; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, 2020:315) feshin son çare olarak yapılması (ultima ratio) ilkesi aynı zamanda iş güvencesinin de özünde bulunan bir ilkedir (Demircioğlu, Centel ve Kaplan, 2019:176; Manav, 2010:51)¹⁹. Keza bu ilke asıl olarak iş güvencesi kapsamındaki işçiler için ön görülmüştür (Cengiz (Urhanoglu), 2009:556). Ancak belirtmek gerekir ki çalışma koşullarında değişikliği düzenleyen İşK. m.22 hükmü ile değişiklik feshi karşısında iş güvencesine tabi olmayan işçilere de sınırlı bir güvence getirilmiştir. Anılan hükmün amacının, iş ilişkisini ayakta tutmak ve amacın ise feshin son çare olması ilkesi gereği belirli olumsuz koşulların varlığında, ihtiyaç duyulan yeni çalışma koşulları ile iş sözleşmesinin ayakta tutulmasını sağlamak olduğunu söyleyebiliriz (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2013:577).

¹⁶TC. Yargıtay 9. HD, 2007/16151E., 2007/30228K., 15.10.2007, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 04.09.2021.

¹⁷T.C.Yargıtay, 22.HD.,2018/15408E., 2018/26772K., 10.12.2018T, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 05.09.2021.

¹⁸TC. Yargıtay 9 HD. 2004/12698E., 2004/25058K., 08.11.2004, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5/2005, s.278.

¹⁹ Katılmadığımız, son çare ilkesinin iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olduğu tüm durumlarda uygulanması gerektiği yönünde görüş için bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, 2007: 202.

Yargıtay, küçülme nedeniyle fesihlere ilişkin verdiği güncel kararlarında da istikrarlı biçimde son çare ilkesini ifade edildiği şekilde uygulamıştır²⁰. Yine Yargıtay bir kararında işçinin feshinden önce işyerine uzman yardımcılığı pozisyonunda yeni eleman alınmış olması karşısında işçinin işten çıkarılmadan önce bu pozisyonda çalıştırılabileceği kanaatini getirmiş feshin son çare ilkesine uyulmadığına hükmetmiştir²¹. Bir başka Yargıtay kararında da “Yapılacak iş, davalı şirketin fesih tarihinde davacıyı çalıştırabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı, bu işyerlerine fesih tarihinden kısa bir süre önce ve sonra davacı ile aynı vasıflarda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılarak, davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı yok ise davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona ermesine ilişkin bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağı kabul edilerek davanın reddine, var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir” demek suretiyle aynı vasıflarda yeni işçi alımının feshin son çare ilkesine uyulmadığına karine teşkil ettiği, yine işçinin başka bir işyerinde istihdam edilmeye devam edilmesinin mümkün olup olmamasının da araştırılması gerektiğini içtihat etmiştir²². Aynı yönde başka bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir; “Davacının çalıştığı şubenin kapatılması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Görüldüğü gibi fesih tarihinde işletmesel bir gerekliliğe dayanılmaktadır. İşyerinin kapatılması nedeniyle istihdam fazlalığı ortaya çıkacaktır. Davalı şirketin Türkiye çapında 81 şubesi kapatılmıştır. Ancak, eş değerli pozisyonlara işveren biri fesihden önce, diğeri fesih tarihinden sonra olmak üzere 2 işçiyi işe almıştır. Diğer mağazalarında pozisyonları olmasına rağmen davacıya teklif götürmemiştir. Yani feshin son çare olduğu ilkesine uymamıştır. Davanın kabulü gerekirken reddedilmiştir.”²³. Fransız hukukunda fesih öncesinde işçiyi başka bir pozisyonda çalıştırma yönündeki daha hafif tedbire başvurulması gerektiği yasal olarak düzenlenmiştir (Ugan-Çetinkaya, 2019:481). Son çare ilkesi Alman hukukunda işçinin davranışlarından ya da yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde de uygulanan bir ilkedir (Erdoğan, 2019:96).

4.1.4. İşletmesel Kararın Uygulanmasında Tutarlılık Denetimi

İşletmesel karar hakkında yerindelik denetimi yapılamayacağına değinmiştik. Ancak alınan işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı mahkemece denetlenmeli ve küçülme nedeniyle feshin geçerliliğine bu şekilde karar verilmelidir. Gerçekten de Yargıtay’a göre “(...) işverenin zarar etmesi tek başına feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlamaya yetmez. İşveren zarar nedeniyle personel çıkarımına gideceği yönünde işletmesel karar aldıktan sonra bu kararını tutarlı uygulamalıdır”²⁴.

Yargıtay bir kararında işten çıkarmalar gerçekleşirken bir yandan da işe alımların gerçekleşmiş olmasını işletmesel kararın tutarlı uygulanmaması olarak değerlendirmiştir²⁵. Yine bir başka kararında iş akdi feshedilen işçinin yerine kısa bir süre sonra aynı nitelikte bir işçinin

²⁰ TC.Yargıtay 9.HD, 2019/5960E., 2020/131 K., 13/01/2020T.; TC.Yargıtay 9.HD, 2018/5069 E. , 2019/271 K., 08/01/2019T.; TC.Yargıtay 9.HD, 2018/3525 E., 2018/23682 K. 19/12/2018 T.; TC.Yargıtay 9.HD, 2016/9065 E., 2017/2090 K., 20.02.2017 T.; TC.Yargıtay 9.HD, 2016/15675 E. , 2017/2554 K., 27.02.2017 T.; TC.Yargıtay 9.HD, 2016/12730 E. , 2017/7830 K., 04/05/2017 T.; TC.Yargıtay 9.HD, 2016/21266 E., 2017/14295 K., 27.09.2017 T.; TC.Yargıtay 22.HD, 2017/3492 E. , 2017/5704 K., 21.03.2017 T., TC.Yargıtay 22.HD, 2017/35672 E. , 2017/14651 K. , 19.06.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr, ET 03.08.2021.

²¹ T.C.Yargıtay 9. HD, 2018/9561 E. , 2018/23269 K. 17.12.2018 T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 05.08.2021.

²²T.C. Yargıtay 22. HD, 2019/8929 E., 2019/23853K., 19/12/2019T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.06.08.2021.

²³ T.C.Yargıtay, 9.HD, 2014/30676E., 2015/822K. 15.01.2015T., Can ve Çakmak, 2016:712.

²⁴ TC. Yargıtay 9.HD, 2015/29110E., 2016/10087K., 21.04.2016T., Ugan-Çatalkaya 2019:479.

²⁵ T.C.Yargıtay, 9.HD, 2014/30676E., 2015/822K. 15.01.2015T., Can ve Çakmak, 2016:712.

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

alınmasını da ortaya konulan fesih nedenleri ile çelişmesi nedeniyle geçersiz fesih olarak kabul etmiştir²⁶. Ayrıca işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulandığının ispatı konusunda ispat yükü işverendedir²⁷. Yine belirtmek gerekir ki feshe neden olan işletmesel karar mantıksız olsa dahi, tutarlı bir şekilde uygulanıyor ise yapılan feshin geçerli olduğu kabul edilmelidir (Kar, 2008:118).

4.1.5. İşletmesel Kararın Uygulanmasında Keyfilik Denetimi

Küçülme nedeniyle fesihte işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı feshin geçerliliği açısından önem arz etmektedir²⁸. Zira keyfilik denetimi işverenin işletmesel karar alma hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçmeyi amaçlar (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2013:297-298; Ugan-Çatalakaya, 2019:478). Yargıtay bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “..işveren 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.”²⁹.

Fesih nedeninin kendisi ya da amacı ile ilgili olmayan, uygulanması aşamasında gözetilmesi gereken bir kriter olan keyfilik unsuru, işverenin tasarrufunun zaruri mi yoksa keyfi mi olduğu hususunda kendini göstermektedir. Keyfilik denetiminin pozitif hukuktaki dayanağının TMK m.2’de düzenlenen ve hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan dürüstlük kuralları olduğu söylenebilir (Kar, 2008:119). Belirtmek gerekir ki keyfilik denetimi kapsamında gözetilecek hususlar genellikle tutarlılık denetiminde de gözetilecek hususlar olabilmektedir (Durmazgüler, 2010:64).

Yargıtay bir kararında, keyfilik denetiminde ispat yükünün hangi tarafa ait olacağına dair “İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.” İfadelerine yer vermek suretiyle ispat yükünün fesihte keyfi davranıldığı iddiasında bulunan işçiye ait olduğunu belirtmiştir³⁰. Oysa yukarıda aktarıldığı üzere Yargıtay işletmesel kararın tutarlı biçimde uygulanmadığı hususunda ispat yükünün işverende olduğu yönünde karar vermiştir. Bu noktada genel ispat kuralından ayrılarak Yargıtay’ın tutarlılık denetiminde yaptığı gibi keyfilik denetiminde de ispat yükünün işverende olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işçi işverenin tüm işletmesel kararlarına ilişkin bilgi ve belgelere vakıf olamaz. Ancak işveren keyfi davranılmadığına dair ispat yükümlülüğünü yerine getiriyorsa ispat yükünün yer değiştirilerek işçinin bundan sonra keyfi davranıldığına dair ispat yükü doğabilir. Bu konuda 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25/6 hükmündeki yaklaşımın benimsenebileceği kanaatindeyiz.

4.1.6. İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Kriterleri

İşyerinin, işletmenin küçülmeye gitmesi karşısında işçi çıkarmanın son çare olduğu ve bu doğrultuda alınan işletmesel kararın keyfilikten uzak ve tutarlı biçimde uygulanacağı durumlarda

²⁶ T.C. Yargıtay 9 HD 2004/16338E., 2004/15344K., 21.06.2004, 08.11.2004T., Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5/2005, s.326.

²⁷ T.C. Yargıtay 9.HD, 2017/24101E. , 2017/15274K., 10/10/2017T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.10.09.2021.

²⁸ T.C. Yargıtay 22.HD, 2019/8929E., 2019/23853K., 19/12/2019T.; T.C. Yargıtay 22.HD, 2018/13326E. , 2018/20497K. 01.10.2018T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.10.09.2021.

²⁹ T.C. Yargıtay 9.HD, 2004/27003E., 2004/27998K., 16.12.2004T., Güzel, 2005:159.

³⁰ T.C. Yargıtay 9. HD, 2019/166E., 2019/12182K., 27/05/2019T., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 14.09.2021.

işverenin karşısına bir problem daha çıkmaktadır. O da hangi işçinin iş akdine son verileceği, iş akdine son verilecek işçilerin hangi kriterlerle belirleneceği problemidir. İşte alınan küçülme kararı sonrası hangi işçilerin fazlalık oluşturduğunun somutlaştırılması ancak sosyal seçim ilkesinin uygulanması ile mümkün olabilmektedir (Cengiz, 2009:90).

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu, kıdem, yaş, bakım yükümlülüğü, işçinin engellilik durumu kriterlerini açık bir şekilde fesihte gözetilmesi gereken sosyal seçim kriterleri olarak düzenleme yoluna gitmiştir (Cengiz, 2009:91; Senyen-Kaplan, 2005:216-217; Güzel ve Ertan, 2007:1294). Fransız hukukunda ise aile yükümlülükleri, kıdem, ise yerleştirmede güçlük çıkaran sosyal durum (yaşlılık, sakatlık gibi) ve mesleki nitelik olarak sayılan dört ölçüt açıkça düzenlenmiştir (Durmazgüzel, 2010:105). Ancak mevzuatımızda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber uygulamada küçülme nedeniyle fesih söz konusu olduğunda sosyal seçim kriterlerinin ortaya konularak uygulama yapılması gerektiği belirtilmiştir³¹.

Yargıtay bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “..davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o ünitelerde çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır”³².

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta işveren aşamalı olarak uygulamak üzere üç sosyal seçim kriteri belirlemiştir. Buna göre sırasıyla a) Gönüllü olarak işten ayrılmak isteyenler b) Halen emekli statüsünde çalışanlar c) Emekliliğe hak kazandığı halde emekliliğini talep etmeyerek çalışmaya devam edenler işten çıkarılacaktır. Somut olayda ise bu kriterlerin hiçbirine uymayan bir işçinin iş akdi feshedilmiştir. Yargıtay ise işçinin salt bu kriterlere uymamasını baz almamış ve yaptığı incelemede bu kriterlere uyan işçilerin zaten işten çıkarıldığını, bir başka ifadeyle bu kriterleri taşıyıp da çalışmaya devam eden bir işçinin kalmadığını, işverence başkaca kriter belirlenmemiş olmasa dahi işverenin bu tasarrufunu geçerli kabul etmiştir³³.

Yargıtay bir başka kararında ise yeni teknoloji kullanımı nedeniyle davacı ve işyerinde emekli edilenlerin yeni teknolojiyi kullanamadıkları ve bu nedenle çalışmalarına ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle işten çıkarılması karşısında, işverence salt teknolojiyi kullanamayacağı kriterinin ileri sürülmesinin yeterli olmayacağına iş akdi feshedilen işçinin bu teknolojiyi gerçekten kullanıp kullanamayacağına bilirkişi marifetiyle araştırılması gerektiğine karar vermiştir.³⁴

4.2. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İş Sözleşmelerinin Küçülme Nedeniyle Feshi

İş güvencesi kapsamında olmayan iş sözleşmelerinde küçülme nedeniyle feshi değerlendirebilmek için İşK m.25 hükmünde yer verilen haklı nedenler üzerinde durmak gerekir. Haklı nedenle fesih, tanımını İşK. 10.maddesinde yapılan sürekli iş akitlerinde tatbik edilebilir. Bu nitelikte bir işi konu alan iş sözleşmesinin ise haklı nedenle derhal feshin uygulanabilmesi

³¹ Yargıtay’ın Alman hukukundaki düzenlemelere benzer sosyal seçim kriterlerini uygulama şeklinin eleştirisi için bkz. Çelik, 2006:5-68.

³² T.C.Yargıtay 9.HD. 2006/4878E, 2006/8253K, 03.04.2006T., Kar, 2008:127.

³³ T.C.Yargıtay 22.HD, 2012/30317E., 2013/2273K., 08.02.2013T., Meydan, ve Yapal, 2014:134-138.

³⁴ TC.Yargıtay 9. HD, 2004/8628E.,2004/24546K.,01.11.2004, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5/2005, s.285

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

açısından belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olmasının ise bir önemi yoktur (Süzek, 2018:518).

Haklı neden teşkil eden hallerin İşK’da sayıldığına yukarıda değinmiştik. Eklemek gerekir ki taraflar sözleşme ile İşK’da sayılan nedenleri haklı neden olmaktan çıkaramaz. Ancak bu nedenlerin dışında başka nedenlerin de haklı neden olacağını, emredici kaidelerin ihlal edilmemesi ve işçi aleyhine olmaması koşuluyla kabul edebilirler (Aktay, Arıcı ve Kaplan-Senyen, 2013:207). Buna karşın aynı durum haksız feshe ilişkin yaptırımların belirlenmesi bakımından geçerli değildir³⁵. Başka ifadeyle taraflar haklı nedenin sonucu olan derhal fesih yaptırımını değiştiremezler. Diğer yandan feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı yalnızca uyumsuzluğa konu olan fesih nedeni üzerinden tespit edilmelidir. Mahkeme tarafların başka haklı nedenler tespit etse dahi tarafların dayandığı fesih nedenini genişletmez ve tespit ettiği fakat taraflarca ileri sürülmemiş fesih nedenlerine dayalı hüküm kuramaz³⁶.

Haklı neden kavramına ve haklı nedenle feshe ilişkin bu açıklamalar doğrultusunda İşK. 25. maddesine baktığımızda küçülme nedeniyle feshin işverenin haklı nedenle derhal fesih hallerini düzenleyen fesih halleri arasında düzenlenmediğini görüyoruz. Dolayısıyla iş güvencesine tabi olmayan bir işyerinde işverenin feshi küçülme nedenine dayandırması halinde, haksız feshin hüküm ve sonuçları uygulanacaktır. Böylece işçi, fesih gerçekten küçülme nedeniyle gerçekleşmiş olsa bile, şartlarını taşıdığı takdirde kıdem tazminatına ve koşulları varsa ihbar tazminatına hak kazanacaktır.

³⁵ “İş güvencesine tabi işçilerin iş akitlerinin haksız feshinde işe iade veya işe iadenin sağlanmaması halinde; işverence ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücret tutarının ödenmesini öngören iş kanununun 21.maddesinin, 1,2,3 fıkrası hükümlerinin yine aynı maddenin son fıkrası hükmü uyarınca değiştirilmesi yasaklanmıştır. Hükmün mutlak emrediciliği nedeniyle, iş akitlerinin haksız feshinde öngörülen yaptırımların işçinin lehine ya da aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi mümkün değildir. İş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde ise; ilk 21/son hükmünün uygulanma kabiliyeti yoktur.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Önal, 2014:152-153.

³⁶ T.C.Yargıtay, 7.HD. 2013/7941E., 2014/7369K., 08.04.2014T., Yargıtay Kararları, Legal İSGHD, C.11, S.44, 2014, ss.316-317.

5. SONUÇ

Küçülme nedeniyle fesih İşK.m.18 hükmünde yer alan işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli fesih nedenidir. Bu fesih nedeninin yargısal denetiminde hangi kriterlerin gözetileceği ise İşK.da yer almamakla birlikte Yargıtay uygulamasıyla şekillenmektedir. Yargıtay'ın hem istikrarlı hem de güncel kararlarına yansıdığı üzere işverenin küçülmeye gitmesi ancak bu yönde bir işletmesel karar alması ile mümkün olacaktır. Bu anlamda işletmesel kararın yargısal denetimi, sınırlı olarak gereklilik denetimine tabi olup yerindelik denetimine ise tabi değildir.

Covid-19 pandemi süreci olağanüstü bir durum olması nedeniyle bazı hukuki durumlar için mücbir sebep kabul edilebilse de, salt salgın hastalığın varlığı işveren açısından geçerli neden kabul edilmemelidir. Gerek doktrinde gerekse uygulamada geliştirilen ölçütler pandemi sürecinde de her bir işletme özelinde değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

Küçülme nedeniyle feshin geçerli fesih olarak kabul edilmesi için bu yönde işletmesel karar alınması şart olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda küçülmeye gidildiğinin ciddi, kalıcı ve objektif biçimde ortaya konulması, mahkemece bilirkişi marifetiyle araştırma yapılması gerekir. Bu anlamda geçici durgunluk, talep ve arzdaki mevsimsel daralmalar küçülme olarak kabul edilmemektedir.

Öte yandan işverenin işletmesel kararının uygulanması tutarlılık denetimine tabidir. Böylece işverenin kararı uygularken bir yandan başka kararlarıyla çelişki oluşturmaması gözetilir. İşçi çıkarma yoluna giderken bir yandan işçi alınmasına gidilmesi buna örnektir. Yargıtay tutarlılık denetiminde ispat yükünün işverende olduğunu belirtmiştir.

Yine benzer nitelikte bir kriter de keyfilik unsuru açısından denetimdir. İşverenin feshe ilişkin kararının zaruri mi yoksa keyfiyete dayalı mı olup olmadığı da Yargıtay'ın gözettiği bir başka denetim kriteridir. Keyfilik denetiminin temel dayanağı ise hakkın kötüye kullanma yasağını içeren dürüstlük kurallarıdır. Yargıtay katılmadığımız üzere keyfilik denetiminde ispat yükünün işçiye ait olduğu görüşündedir.

Almanya ve Fransa örneklerinde olduğu gibi mevzuatımızda yer almamakla birlikte, doktrinde ve uygulamada küçülme nedeniyle fesihlerde feshin bireyselleştirilmesi ve hangi işçinin işten çıkarılacağına ortaya konulabilmesi sosyal seçim kriterleri olarak ifade edilen objektif kriterlerin varlığını gerektirir. İşçilerin yaşı, niteliği, emeklilik durumları, engellilik durumları, evli veya çocuk sahibi olup olmaması gibi ölçütler işten çıkarmada başvurulabilecek ölçütler olarak uygulamada yer bulmuştur.

Tüm bunların yanı sıra feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio) ise küçülme nedeniyle feshin ölçülülük denetimini sağlayan ilkedir. Buna göre işveren işçinin başka pozisyonda çalıştırılıp çalıştırılmayacağını, işi zamana yayarak, meslek içi eğitimler vererek başka şekilde değerlendirmeyi, esnek çalışma saatleri getirerek işçinin iş akdinin devamını sağlamaya yönelik adımları gözetmeli ve feshe son çare olarak başvurmalıdır.

Çalışmada pandemi sürecinde ve fesih yasağının kaldırılmasından sonra küçülme nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, detaylı bir şekilde değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, pandemi sürecinde istihdamı korumak amacıyla 17.04.2020 tarih ve 7244 Sayılı Kanun ile “fesih yasağı” düzenlemesi yapılmıştır. İlgili düzenleme ile fesih yasağı, işveren tarafından yapılacak fesihleri kapsamakta olup tek istisnası ise “ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı haller” olarak belirtilmiştir. Bu noktada fesih yasağının yürürlükte olduğu dönemde işveren ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık haricinde

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

bir sebeple yapacağı feshin hangi hukuki yaptırıma tabi olacağı önem arz etmektedir. Fesih yasağı döneminde İş Kanunu m.25/II hükmünde yer alan haller dışında yapılan fesihler geçersiz kabul edilmelidir. Bu durumda işçi, çalıştırılmadığı süreye ilişkin haklarını Türk Borçlar Kanunu'nun 408.maddesi hükümleri kapsamında talep edebilecektir. Ayrıca belirtilen kanun hükmünden yararlanabilmesi için hangi kanuna tabi olduğu ve iş güvencesi kapsamında olup olmadığının da önemi yoktur.

KAYNAKÇA

- Akı, E., Altıntaş, H., & Bahçivancılar, O. (2005). *Uygulamada İş Güvencesi* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Aktay, A. N., Arıcı, K., & Senyen-Kaplan, E. T. (2013). *İş Hukuku* (6. Baskı). Gazi Kitapevi.
- Akyiğit, E. (2021). *İş Hukuku* (13. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Alpagut, G. (2020). Pandeminin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden. *Pandemi Sürecinde İş Hukuku* (1. Baskı). Onikilevha Yayınları.
- Arslan, S. (2012). *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı* (1. Baskı). Onikilevha Yayınları.
- Ateş, D. (2007). Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları. *Tbb Dergisi*, (72), 75-93.
- Balcı, Y., & Çetin, G. (2020). Covid-19 Pandemi Sürecinin Türkiye'de İstihdama Etkileri ve Kamu Açısından Alınması Gereken Tedbirler, *T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Sosyal Bilimler Özel Sayısı*, 37(19), 40-58.
- Can, O., & Çakmak, İ. (2016). *İş Mahkemeleri Davaları* (2. Baskı). Bilge Yayınevi.
- Cengiz (Urhanoglu), İ. (2008). *Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma* [Doktora Tezi]. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Cengiz (Urhanoglu), İ. (2009). Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Fesihlerde Son Çare Olma İlkesi Bağlamında İşçiye Değişiklik Önerisi ve Değişiklik Feshi. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (22), 553-567.
- Centel, T. (2013). *İş Güvencesi* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Coşkun-Karadağ, N. (2020). Covid-19 Pandemisi ve Alınan Önlemlerin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *T.C. Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 29(3), 400-413.
- Çalık, Ş. (2005). *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Çelik, N. (2006). İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 1(4), 5-68.
- Çelik, N., Caniklioglu, N., & Canbolat, T. (2020). *İş Hukuku Dersleri* (33. Baskı). Beta Yayınları.
- Çil, Ş. (2020). *Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri*. Yetkin Yayınları.
- Demircioğlu, A. M., Centel, T. & Kaplan, H. A. (2019). *İş Hukuku* (20. Baskı). Beta Yayınları.
- Demir, F. (2006). Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (10), 469-499.
- Durmazgüler, E. (2010). *Kriz Dönemlerinde İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gerekleri Nedeniyle Feshi* [Yüksek Lisans Tezi]. T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü İzmir.
- Ekmekçi, Ö. (2004). Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 1, 165-183.
- Erdoğan, C. (2019). *Şüpheli Feshi* [Doktora Tezi]. T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S. & Ulucan, D. (2014). *Bireysel İş Hukuku* (5. Baskı). Beta Yayınları.

PANDEMİ SÜRECİNDE VE SONRASINDA KÜÇÜLME NEDENİYLE FESİH

- Göktaş, S. (2020). Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 43, 274-299.
- Göktaş, S. (2021, 12 Ağustos). *Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İlke Kararları*. <https://www.youtube.com/watch?v=lhoYzAc5sNQ>
- Günay, C. İ. (2020). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (6. Baskı). Yetkin Yayınları.
- Güzel, A. (2006). Karar İncelemesi. *Çalışma ve Toplum*, 2005/1, 159-18.
- Güzel, A. (2005). *İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Son Çare İlkesi ve Uygulama Esasları* (1. Baskı). A. Tuncaya Armağan, Legal Yayınları.
- Güzel, A., & Ertan, E. (2007). Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, (16), 1219-1305.
- İnciroğlu, L. (2006). *Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu (Sorulu, Cevaplı, Uygulamalı)* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Kar, B. (2008). İşletme, İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, (2), 101-129.
- Karagülmez, A. (2021, 27 Ağustos). *Anayasa Mahkemesi ve Sosyal Şart*. www.anayasa.gov.tr/media/3645/karagulmezaymvesosyalsart.doc
- Kayıhan, Ş. (2012) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, M., & Şenocak, K. (2007). *İş Güvencesi Hukuku* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Kılıçoğlu, M., & Şenocak, K. (2013). *İş Kanunu Şerhi* (3. Baskı). Legal Yayınları.
- Korkmaz, F., & Alp, N. S. (2014). *İş Hukuku* (1. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Kurt, R. (2020). *250 Soruda Koronavirüs (Covif-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Kurt, R., & Koç, M. (2015). *İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi* (2. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Manav, H. (2010), *İş Sözleşmesinde Feshin Geçerlilik Koşulları ve Feshe İtiraz* (1. Baskı). XII Levha Yayınları.
- Manav-Özdemir, E. (2020). Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 43,126-158.
- Meydan, N., & Yapal, F. (2014). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Emsal Yargıtay Kararları* (1.Baskı). Zigana Yayınları.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., & Baysal, U. (2020). Bireysel İş Hukuku. *İş Hukuku Ders Kitabı* (Cilt 1, 4. Baskı). Lykeion Yayınları.
- Remzi, M., & Aydın, S. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı). İkinci Sayfa Yayınları.
- Önal, E. (2014). İş Akdinde Fesih Hakkının Sınırlandırılması, *Legal İşghd*, 11(44).
- Sarıbay, G. (2007). *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Senyen-Kaplan, E. T. (2005). *Bireysel İş Hukuku* (3. Baskı). Gazi Kitabevi.

- Sezen, F. (2009). İnfluenza Pandemileri. *Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, 66(2), 21-24.
- Süzek, S. (2018). *İş Hukuku* (16. Baskı). Beta Yayınları.
- Şakar, M. (2011). *İş Hukuku Uygulaması* (9. Baskı). Beta Yayınları.
- T.C. Sağlık Bakanlığı (2021, 22 Eylül). *Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı*, 10. www.Grip.Gov.Tr/Depo/Saglik-Calisanlari/Ulusal_Pandemi_Plani.Pdf
- Temel, D. D., & Bayrak, Y. (2020). *Uygulamada İşçilik Alacakları, İş Güvencesi ve İş Yargılama Usulü* (1. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Temir, A. (2011). *İşçinin Geçerli ve Haklı Nedenlerle (Tazminatlı ve Tazminatsız) İşten Çıkarılması*. Yaklaşım Yayıncılık.
- Topal, G. (2008). *İş Kanunu'na Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması*. Seçkin Yayınları.
- Tunçomağ, K., & Centel, T. (2013). *İş Hukuku Esasları* (6. Baskı). Beta Yayınları.
- Tühis (2012). *İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 24(1)-2 Şubat-Mayıs.
- Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), (2009). *4857 Sayılı İş Kanunu ve Gereçesi* (4. Baskı). Matsa Basımevi.
- Uçum, M. (2003). *Yeni İş Kanunu Seminer Notları* (1. Baskı). Legal Yayınları.
- Ugan-Çatalkaya, D. (2019). *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi* (1. Baskı). Beta Yayınları.
- Uşan, M. F., & Erdoğan, C. (2020). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (1. Baskı). Seçkin Yayınları.
- Yücel Bodur, M. (2015). İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü. *İş ve Hayat*, 1(2), 137–167.
- Yürekli, S. (2020). Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, 19(38), 24-61.

EXTENDED ABSTRACT

The new type of coronavirus (Covid-19) started as an important health problem in Wuhan, China at the end of 2019, and created an unprecedented social and economic crisis with its spread to the world. In March 2020, the World Health Organization (WHO) declared a pandemic. Within the scope of the fight against the pandemic, states have restricted and banned many sectors, and a great economic recession has begun. The shrinkage and market losses experienced in this process caused businesses to shrink or close. The employer's tendency to lay off workers has increased, and therefore, termination bans have come to the fore, even for a temporary period. In this article, the situation of the employer's termination due to downsizing (both during the pandemic period and after the termination ban) is examined against the provisions of the Labor Law No. 4857 on termination of the employment contract. In the article, first of all, the concept of termination and the reasons for the termination were explained in detail, and it was evaluated which termination reason would be considered as the termination due to downsizing. In the next section, the terms and consequences of termination due to downsizing in the face of the legal regulations specific to the pandemic process are examined. In the last section, the criteria regarding the judicial review of the termination to be made due to downsizing at the end of the temporary measures are evaluated within the framework of the Supreme Court decisions.

In accordance with Article 18 of the Labor Law, the termination of the employment contract of the worker, which is within the scope of "job security", is stipulated that "the termination must be based on a valid reason" in the absence of a justifiable reason. In the relevant article of the law, the reasons titled "proficiency or behavior of the worker" and "requirements of the enterprise, workplace and job" were counted as valid reasons and exemplified in the justification of the article. The reasons arising from the workplace of the business and the requirements of the work are examined under two headings as internal and external reasons. The situation expressed as downsizing of the business is the valid reason for termination, which is generally accepted as an internal reason.

As stated before, in order to protect employment during the pandemic process, a "prohibition of termination" arrangement was made with the Law No. 7244 dated 17.04.2020. With the relevant regulation, the prohibition of termination covers the termination to be made by the employer, and the only exception is stated as "states against the rules of morality and goodwill". At this point, it is important which legal sanction will be subject to the termination of the employer for a reason other than violation of morality and goodwill rules during the period when the termination prohibition is in effect. Namely, the termination of the employment contract due to the downsizing of the enterprise during the period of prohibition of termination will be within the scope of the prohibition of termination. There are two different views on the legal consequences of a termination contrary to the prohibition of termination. The first of these views accepts that a termination made during the termination prohibition period has the consequences and consequences of unjust termination. Thus, it will be able to file a lawsuit for reemployment and demand the rights it lacked during the termination ban period. The other view we agree with is the view that considers the terminations made during the prohibition period (based on a valid reason) invalid. In this case, the worker will be able to claim his rights regarding the time he is not working within the scope of the provisions of Article 408 of the Turkish Code of Obligations. In addition, it does not matter which law it is subject to and whether it is within the scope of job security in order to benefit from the specified legal provision.

One of the most important threats to the labor market after the termination ban is the tendency of enterprises to lay off workers. For this reason, when the regulations specific to the pandemic process are repealed, it is extremely important to reveal how the judicial audits of the terminations of the enterprises due to downsizing will be carried out. This situation is evaluated separately for the workers who are covered by job security and workers who are not covered by job security. First of all, if the employment contracts of the workers who are covered by job security are terminated based on a valid reason due to downsizing, not only is the termination made due to downsizing, but it is also determined whether the criteria determined in practice are observed. The criteria to be observed in the judicial review of this reason for termination are not included in the Labor Law, but are shaped by the practice of the Supreme Court. As reflected in the current and stable decisions of the Supreme Court, it is only possible for the employer to downsize only when there is a real downsizing. In this case, it is necessary to demonstrate in a serious, permanent and objective way that there is a downsizing. Criteria accepted in practice and teaching; It is listed as being a real downsizing, being an operational decision, observing the principle of proportionality and termination in the implementation of the operational decision, being consistent in the implementation of the operational decision, not being arbitrary in the implementation of the operational decision, and finally determining the social selection criterion in the termination of the employment contract. In order to evaluate the termination of employment contracts outside the scope of job security due to downsizing, it is necessary to focus on the justified reasons included in Article 25 of the Labor Law. When the provisions of the relevant article are examined, it is seen that the termination due to downsizing is not among the cases of termination regulating the immediate termination of the employer with just cause. Therefore, in a workplace that is not subject to job security, if the employer bases the termination on the reason for downsizing, the provisions and consequences of unjust termination will be applied.

As a result, the termination of the employment contract due to shrinkage during the pandemic process and after the removal of the termination ban was evaluated in detail in the study. Although an administrative fine was regulated with the relevant regulation regarding the prohibition of termination, the issue was detailed in detail since no legal sanction was issued. In this case, considering the general purpose of the provision regarding the prohibition of termination, it would be appropriate to consider the terminations made during the period of the termination prohibition as invalid due to violation of the mandatory provisions of the law, whether the worker is subject to job security or not.