

# İŞ GÜVENCESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN İÇERİĞİ VE ULTİMA-RATIO PRENSİBİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ İÇERİSİNDEKİ KONUMU

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU\*  
Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK\*\*

## 1. Ölçülülük İlkesi:

### a) Kavram :

*Ultima-ratio ilkesi*, ölçülülük ilkesinden kaynaklanan bir prensiptir. Bu sebeple ilk önce ölçülülük ilkesi hakkında bir açıklama yapmak gerekmektedir.

**Ölçülülük ilkesi**, ilk ve ağırlıklı olarak idare hukukunda uygulanmakta olan bir ilkedir. Alman hukukunda hakim öğretiye göre, ölçülülük ilkesi, temel hakların özünden ve hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır<sup>1</sup>. Türk Anayasası'nın 13'üncü maddesinin 3 Ekim 2001 tarihli değişik yeni hükmüne göre, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlandırmalar "*ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*". Böylece, ölçülülük ilkesinin hukuki temeli ile ilgili doktrinde ortaya çıkan görüşler Türk hukuku açısından sona erdirilmiş olmaktadır<sup>2</sup>. Bu ilke, Anayasa hukukunda, sınırlandırmada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder<sup>3</sup>.

\* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Alman Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki görüşü için bkz. BVerfGE, 2, sh.79; BVerfGE, 16, sh.201-202; BVerfGE, 17, sh.313-314; BVerfGE, 19, sh.348-349.

<sup>2</sup> **Metin, Y.:** Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002, sh.209.

<sup>3</sup> **Sağlam, F.:** Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, sh.114.

Kamu hukukunda geçerli olan prensipleri, özel hukukta geçerli olan irade özerkliği ilkesi nedeniyle özel hukuka tamamen aktarmak her zaman mümkün değildir. Ölçülülük ilkesini de zorlama sonucu özel hukukta uygulamak irade özerkliği ilkesinin sınırlandırılması anlamına gelir<sup>4</sup>. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesi ile herkesin kendi kaderini bizzat belirleme ilkesi ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasında uyum sağlama sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>5</sup>. Özel hukuk düzeni, sözleşmenin taraflarının kendi menfaatlerine uygun sözleşmeleri akdettiği düşüncesinden hareket eder. Bu durumda da kural olarak, ölçülülük ilkesi üzerinden bu ilişkiye müdahaleye gerek kalmaz<sup>6</sup>. Özel hukuk düzeni, özel şahısların BK. mad. 19 ve 20 anlamında kanuna ve ahlaka aykırı olmadığı sürece orantısız yükümlülükler de yükleyen sözleşmeler akdedebilmesine izin vermektedir<sup>7</sup>. Bu bağlamda yapılacak ilk tespit, ölçülülük ilkesi kontrolünün özel hukukta kural olarak reddedilmesi gerektiğidir. Bununla birlikte, sözleşmenin taraflarından birisinin güçlü tarafı teşkil etmesi ve bu konumu itibariyle sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak, daha zayıf olan karşı tarafın aleyhine belirleme imkânına sahip olması, kendi menfaatlerini karşı tarafın aleyhine olarak gözetebilecek olması durumunda sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahale edilir. Burada zayıf tarafı korumak amacıyla hukuk düzeninin müdahalesi gereklidir. İşte, ancak bu tür istisnai durumlarda ölçülülük ilkesinin, kontrol ölçütü olarak uygulanması gündeme gelir<sup>8</sup>. Güçlü tarafı teşkil eden işveren ile güçsüz tarafı teşkil eden işçi arasındaki hukuki ilişkilerde de, zayıf tarafın korunmasını gerektiren bir saha mevcuttur. Ancak şu hususu vurgulamak gerekir ki, *ölçülülük ilkesi*, taraflar arasında adil menfaat dengesinin yeniden kurulmasında olduğu gibi, sınırlı bir öneme sahiptir<sup>9</sup>.

Ölçülülük ilkesinin özel hukukta diğer uygulama alanını tek taraflı hukuk işlemler, özellikle yenilik doğurucu haklar teşkil eder<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> *Von Finckenstein, B.*, sh.255; *Oberrat, A./Kohlepp, C.*: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ultima-ratio Prinzip im Kündigungrecht – Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung, RdA 2000, sh.333.

<sup>5</sup> *Canaris, C.W.*: Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 1979, sh.122 vd.; *Preis, U.*, Prinzipien, sh.283-284; *Von Finckenstein, B.*, sh.255.

<sup>6</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.283; *Von Finckenstein, B.*, sh.255.

<sup>7</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.283; *Von Finckenstein, B.*, sh.255-256.

<sup>8</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.284; *Von Finckenstein, B.*, sh.256.

<sup>9</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.284; *Von Finckenstein, B.*, sh.256.

<sup>10</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.285; *Von Finckenstein, B.*, sh.256; *Alp, M.*: Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Aktinin Feshinde Uygulanması, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi 1999, sh.1526.

Yenilik doğurucu haklarda, bu hakkı kullanan şahıs, karşı tarafların menfaatlerini dikkate almaksızın tek taraflı olarak kendi menfaati doğrultusunda sonuçlar elde eder. Bu açıdan, yenilik doğurucu haklar, bir taraf açısından doğacak hukuki sonuçların yabancı bir şahıs tarafından belirlenmesi anlamına gelir. Şu halde, bir tarafa tek taraflı olarak hukuki sonuç yaratma yetkisinin bahşedilmesiyle, borçlar hukukunun temel sözleşme prensibinden ayrılınmaktadır<sup>11</sup>. Yenilik doğurucu hakların kullanılması, bazen de, üçüncü şahsın hukuki alanına ağır bir müdahale teşkil edebilir. Bu tür durumlarda, ölçülülük ilkesi, hakların kullanılmasının sınırlandırılması açısından anlamlı ve gereklidir. Ölçülülük ilkesinin uygulanması sonucunda denilebilir ki; yenilik doğurucu hakkın kullanılması karşı tarafın hukuki alanına ne kadar ciddi ve kapsamlı bir müdahale teşkil ediyorsa, bu hakkı kullanan şahsın müdahalesinin hukuka uygun olması için menfaatinin de o kadar elzem ve önemli olması ve ağır basması gerekir<sup>12</sup>.

Yukarıda ölçülülük ilkesinin özel hukuktaki uygulama alanı ile ilgili olarak söylenenler iş sözleşmesinin feshinde de uygulanabilir. Zira, iş sözleşmelerinde taraflar gerçi hukuki açıdan eşit statüye sahiptir ve iş sözleşmesi tarafların uzlaşması suretiyle akdedilir; ancak, işçi ekonomik ve sosyal açıdan işverene bağımlıdır. İş sözleşmesindeki şartların düzenlenmesi, mevcut iş ilişkisinde işverenin sahip olduğu yenilik doğurucu haklar (fesih ve talimat verme hakkı) fiili olarak, idare hukukundaki altlık üstlük ilişkisiyle yapısal benzerlik göstermektedir. Bu durum ise, işçinin daha çok korunmaya muhtaç olmasını gerektirmektedir. Ayrıca, işverenin iş sözleşmesini feshi, işçi açısından hayatının en önemli sahasına yabancı bir şahsın (işverenin) önemli ve belirleyici müdahalesi anlamına gelir<sup>13</sup>. İşte, farklı hukuk sahalarına ilişkin problemlerin, yapısal benzerlik arzemesi halinde de, bir hukuk sahasına ilişkin problem çözme mekanizmasının diğer sahada da uygulanması mümkün olmalıdır<sup>14</sup>. Sözleşmenin taraflarından birisi, diğerinin hukuki alanına tek taraflı olarak müdahale edebilme imkanına sahip ve onun tek taraflı müdahale imkanı ne kanun ile ne de

<sup>11</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.285.

<sup>12</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.285; *Von Finckenstein, B.*, sh.257.

<sup>13</sup> Bkz. *Oberrat, A./Kohlepp, C.*, RdA 2000, sh.333; *Auffermann, P.*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Diss. Würzburg 1975, sh.95; *Reuter, D.*: Reichweite und Grenzen der Legitimität des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen, Ordo 1982, sh.165; *Preis, U.*, Prinzipien, sh.288;

<sup>14</sup> *Löwisch, M.*: Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, sh.324; *Oberrat, A./Kohlepp, C.*, RdA 2000, sh.333.

yargı içtihatlarıyla sınırlandırılmamışsa ölçülülük ilkesinin uygulanmasına izin verilmelidir<sup>15</sup>. Hukuki açıdan sınırlandırılmamış yetkiye bir kamu erkinin ya da özel hukuk şahsının (örneğin işveren) sahip olması, bu yetkinin kullanılmasından menfi yönde etkilenecek şahıs açısından farklılık yaratmaz. İşte bütün bu sebepler, idare ve anayasa hukukunda geçerli olan ölçülülük ilkesinin iş sözleşmelerinde de prensip olarak uygulanabilirliğinin göstergesidir<sup>16</sup>.

Bütün bu sebepler, devleti, işçinin himayesi açısından aktif olarak davranma yükümlülüğü altına sokar. Devletin işçiyi koruma borcu, özel hukuk kanun koyucusunun, yenilik doğurucu hakların kullanılmasını ölçülülük ilkesine bağlı kılmak vs. suretle sınırlandırmak hususundaki yetkisinin kaynağını teşkil eder<sup>17</sup>.

### b) Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri

Ölçülülük ilkesi iş güvencesi hukukuna hakim olan bir ilkedir<sup>18</sup>. Bu ilke sadece geçerli sebeple yapılan fesihlerde değil, haklı sebeplerle yapılan fesihlerde de uygulanan bir prensiptir<sup>19</sup>. Alman hukukunda, söz konusu ilkenin bundan öte, iş sözleşmesinin fesihle sona erdirildiği tüm hallerde uygulanması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur<sup>20</sup>. Bu görüşe göre, ölçülülük ilkesi, sadece geçerli veya haklı sebeplerle yapılan fesihlerde değil aynı zamanda değişiklik feshinde bunun gibi hem işveren hem de işçi tarafından iş sözleşmesinin feshinde de uygulanmalıdır<sup>21</sup>.

Ölçülülük ilkesinin içeriğini tam olarak belirlemek için, söz konusu ilke alt ilkelere ayrılarak incelenmektedir.

Alman Federal İş Mahkemesi, kökleşmiş içtihatlarında, kamu hukuku orjinli terminolojiye sadık kalarak ölçülülük ilkesi kapsamında,

<sup>15</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.285; *Oberrat, A./Kohlepp, C.*, RdA 2000, sh.333; *Blomeyer, W.*: Das Übermaßverbot im Betriebsverfassungsrecht, Festschrift „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, Hrsg. V. Gamillscheg/Hueck/Wiedemann, München 1979, sh.22.

<sup>16</sup> Aynı görüş için bkz. *Oberrat, A./Kohlepp, C.*, RdA 2000, sh.333.

<sup>17</sup> *Von Finckenstein, B.*, sh.257.

<sup>18</sup> BAG, 13.6.1986, NZA 1987, sh.155; BAG, 28.4.1982, NJW 1982, sh.2688; BAG, 4.1.1981, NJW 1982, sh.1063; BAG, 22.2.1980, EzA §1 KSchG, Krankheit, Nr. 5; *Holly, H.G.*: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-Ratio-Prinzip im arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht, Bonn 1989, sh.19.

<sup>19</sup> *Holly, H.G.*, sh.19.

<sup>20</sup> BAG, 27.9.1984, NJW 1985, sh.1798; *Holly, H.G.*, sh.19.

<sup>21</sup> *Holly, H.G.*, sh.19 –20.

uygunluk (elverişli) (Geeignetheitsprinzip; principe d'adéquation), gereklilik (Erforderlichkeitsprinzip; principe de nécessité) ve orantısallık ilkesi (Proportionalitätsprinzip; principe de proportionnalité) ilkelerini görmektedir<sup>22</sup>. Gerçekten de Türk idare hukukunda da kabul edildiği üzere, ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeye ayrılabilir<sup>23</sup>. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleridir. Buna göre, ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak tedbir, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Söz konusu alt ilkeler, iş sözleşmesinin feshine uygulanacak olursa, iş sözleşmesinin her feshinin, uygun, gerekli ve onunla takip edilen amaçla oranlı bir ilişki içerisinde olması gerektiği söylenebilir<sup>24</sup>.

Bununla birlikte, iş hukuku öğretisinde, bu ilkeleri ifade etmek üzere kullanılan terminolojiye sıkı sıkıya bağlandığı görülmektedir. Şöyle ki, iş hukuku öğretisinde, geniş anlamda ölçülülük ilkesi ve dar anlamda ölçülülük ilkesi terimlerine de yer verilmektedir. Geniş anlamda ölçülülük ilkesi ile, uygunluk, gereklilik ve oranlılık ilkelerinin tamamı kastedilirken, dar anlamda ölçülülük ilkesi, oranlılık ilkesi ile aynı anlamda kullanılmaktadır<sup>25</sup>. Bazen de, uygunluk, gereklilik ve oranlılık ilkeleri aşırılılık yasağı üst başlığı altında ele alınmaktadır<sup>26</sup>. Doktrinde kullanılan terminolojinin farklılığı bir yana bırakılacak olursa, aşağıda, uygunluk, gereklilik ve oranlılık ilkeleri ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

#### aa) İş Güvencesi Hukuku Açısından Elverişlilik (Uygunluk İlkesi)

Türk idare hukukunda ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan uygunluk (elverişlilik) ilkesinden, sınırlamada başvuru alan aracın,

<sup>22</sup> BAG, 106.1980, BB Beil4/1980, sh.10 vd.; BAG, 12.9.1984, NZA 1984, sh.398; BAG, 12.3.1985, sh.537.

<sup>23</sup> **Gözler, K.**: İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, sh.511 vd.; **Atay, E.**: İdare Hukuku, Ankara 2006, sh.79 vd.; **Oğurlu, Y.**: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, sh.33 vd..

<sup>24</sup> **Hinze, P.**: Mildere Mittel zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, Hannover 2001, sh.47.

<sup>25</sup> **Holly, H.G.**, sh.56.

<sup>26</sup> **Holly, H.G.**, sh.56.

sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması anlaşılmaktadır<sup>27</sup>. Aracın elverişliliği için kısmi bir elverişlilik yeterli olup, aracın bütünüyle elverişli olması zorunlu değildir. Buna karşılık, ulaşılmak istenen amacı güçleştiren veya ulaşılmak istenen amacı akamete uğratan araç, elverişli değildir.

Söz konusu ilke, iş hukukuna uygulanacak olursa, uygunluk ilkesi, belirli bir amaca ulaşmak için yalnızca, kendisinin yardımıyla veya kullanılmasıyla arzu edilen sonuca ulaşabilmeyi prensip olarak mümkün kılacak araçların kullanılmasını ifade eder<sup>28</sup>. Söz konusu ilke kapsamında, ulaşılmak istenen hedefi gerçekleştirmeye uygun hangi araçların mevcut olduğu sorusu sorulur. Daha sonra, mümkün olan tedbirler paletinden öngörülen amacın gerçekleşmesi için uygunluk şartını gerçekleştiren tedbire başvurulması aranır. Bunun dışında, söz konusu tedbirlerin uygulanması ile doğacak avantaj veya dezavantajlar, söz konusu ilke gözönüne alınmaz<sup>29</sup>. Buna göre, belirli bir amacı gerçekleştirmek isteyen kişi, amacı gerçekleştirmek için uygun gördüğü bir aracı seçer. Onun seçimi, söz konusu aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli olacağına dair tahminine dayanır. Yapılan her tahminde olduğu gibi, burada da, öngörülen tedbirin istenilen sonucu gerçekleştirmeye konusunda gerçekten etkili olup olmadığı konusunda bir belirsizlik söz konusu olmaktadır. Seçilen tedbirin uygun olup olmadığı konusunda karar verecek hakim, söz konusu tedbirin seçilmesine sebep olan somut olayın özelliklerini gözönüne almamazlık edemez. Yapılan seçimin dayandığı tahminin bir belirsizlik unsurunu ihtiva etmesi nedeniyle, somut olayda alınan tedbirin esas itibarıyla arzu edilen sonucu gerçekleştirmeye yaradığı kabul edilebildiği zaman, bu tedbirin amacın gerçekleştirilmesi açısından uygun olduğu da kabul edilmelidir. Dolayısıyla, uygulayanın elverişli niteliği tedbirin, fiilen arzu edilen etkiyi göstermemesi hukuka aykırılığı doğurmaz<sup>30</sup>. Buna göre, hedeflenen sonucun gerçekleşmesini güçleştiren veya arzu edilen amaç açısından her hangi bir etki doğurmayan tedbir uygun olmayan tedbirdir. İşte, alınan tedbirin bu nitelikte olduğu tespit edildiğinde, uygulayanın

---

<sup>27</sup> *Gözler, K.*, C.I, sh.511 .

<sup>28</sup> *Holly, H.G.*, sh.56.

<sup>29</sup> *Holly, H.G.*, sh.57.

<sup>30</sup> Buna karşılık doktrinde, iş sözleşmesini sona erdiren feshin uygun araç olduğunun ancak, onunla takip edilen amaca fiilen ulaşılması halinde kabul edilebileceğini savunan görüşler de mevcuttur (bkz. *Wank, R.* : Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, sh.136; *Stahlhacke, E.* : Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994, sh.1366).

elverişlilik yönünden yapmış olduğu tahminin objektif olmadığı, amaca uygun olmadığı, savunulabilir olmadığı sonucuna varılabilecektir<sup>31</sup>.

### bb) İş Güvencesi Hukuku Açısından Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesi altında değerlendirilen diğer ilke **gereklilik ilkesi**dir. Türk idare hukukunda gereklilik ilkesi, temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli aynı derecede etkili tedbirlerin bulunması halinde, bu tedbirlerden en yumuşağının, temel hak ve hürriyetleri en az sınırlayanın tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>32</sup>. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse, gereklilik ilkesi uyarınca, belirli bir amacı gerçekleştirme niyetinde olan ve bu bağlamda başkasının hukukun korunan alanına müdahale edebilecek veya müdahale etmek zorunda kalacak olan kişinin, istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli birden fazla tedbir arasından, başkasının hukukça korunan alanına hiç müdahale etmeyen veya müdahale kaçınılmaz ise, somut olayın özelliklerine göre en az müdahale teşkil edecek olan tedbiri seçmesi gerekir<sup>33</sup>. Demek ki, söz konusu ilke, çaba gösterilen amaca ulaşmak hususunda aynı derecede etkili; fakat başkasının hukukça korunan alanına daha az müdahale teşkil edebilecek tedbirlerin uygulanma imkânına sahip olunup olunmadığını denetlemektedir<sup>34</sup>.

Gereklilik ilkesi, bir yandan başkasının hukukça korunan sahasına müdahaleye cevaz vermekte; diğer yandan ilgili kişiyi hukukça korunan alanına gereksiz müdahalelere karşı korumaktadır<sup>35</sup>.

Uygun olmayan bir tedbir aynı zamanda gerekli de olamayacağından, uygunluk ilkesinin gereklilik ilkesinin bir parçası olduğu söylenebilir<sup>36</sup>. İşte bu sebeple, her iki ilke ayrı ayrı değil birlikte ele alınır.

Buna karşılık **orantılılık** alt ilkesinde (dar anlamda ölçülülük ilkesi), başka bir şahsın hukuki konumuna müdahalenin amacı ile araç

<sup>31</sup> *Holly, H.G.*, sh.57.

<sup>32</sup> *Gözler, K.*, C.I, sh.512 .

<sup>33</sup> *Holly, H.G.*, 58.

<sup>34</sup> *Holly, H.G.*, sh.58; *Löwisch, M.*, ZfA 1971, sh.321.

<sup>35</sup> *Holly, H.G.*, sh.58; *Metzner, R.*: Das Verbot der Unverhältnismässigkeit im Privatrecht, Diss. Erlagen-Nürnberg 1970, sh.72-73.

<sup>36</sup> *Holly, H.G.*, sh.58; *Löwisch, M.*, ZfA 1971, sh.326.

mukayese edilir. Bu ilkeye göre, seçilen ve uygulanan aracın, takip edilen amaçla mukayese edildiğinde açıkça orantısız olmamalıdır<sup>37</sup>. Demek ki, orantılılık ilkesi, amaç ve aracı karşılaştırmakta ve gerekli ve uygun görülen araçla yapılan müdahalenin takip edilen amaçla makul bir ilişki içerisinde olup olmadığını araştırmaktadır. Bir başka anlatımla, müdahalenin ağırlığı ile onun haklı kılan nedenlerin önemi ve ağırlığı arasında bir tartım yapılır. Bu tartım sonucunda, bir araçla takip edilen amaç, bu aracın doğurduğu müdahale ve dezavantajla ölçüsüz bir ilişki içerisinde olmadığını tespiti gerekir. Aksi takdirde, uygulanan tedbirin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kabul edilir.

Ölçülülük ilkesinin iş güvencesi hukukuna uygulanması halinde aşağıdaki sonuçlara varılacaktır:

Buna göre, elverişlilik ilkesi, iş güvencesi hukukuna uygulanacak olursa, iş sözleşmesinin feshinin, işveren tarafından fesihle takip edilen amaca uygun olması gerekir. Bu takdirde, iş sözleşmesinin feshiyle, işveren tarafından takip edilen amacın ne olduğu sorusu gündeme gelir.

İşçinin yetersizliğine dayalı fesihlerde takip edilen amaç, bir çalışma yerinde çalışabilmek için gerekli olan nitelik ve yeteneğe işçinin sahip olmaması nedeniyle ekonomik açıdan katlanılamaz hale gelen iş ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır<sup>38</sup>. İşveren bu suretle ortaya çıkan ekonomik yüklerden kurtulmak istemektedir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç ise, işçinin daha önce işlediği akde aykırı davranışları cezalandırmak veya müeyyidelendirmek değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır<sup>39</sup>.

Buna karşılık, işletme gereklerine dayalı fesihle işverenin takip ettiği amaç, işletmenin mevcut personel sayısını, iktisadilik ve verimlilik adına işletmenin personel ihtiyacına uyumlaştırmaktır<sup>40</sup>. Burada da işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihle olduğu gibi,

---

<sup>37</sup> *Jacobs, M.Ch.*: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, DVBl 1985, sh.97; *Holly, H.G.*, sh.60.

<sup>38</sup> *Holly, H.G.*, sh.138; *Hinze, P.*, sh.51.

<sup>39</sup> *Holly, H.G.*, sh.149; *Hinze, P.*, sh.51; *Berkowsky, W.*: Die verhaltensbedingte Kündigung, Teil I, NZA-RR 2001, sh.2.

<sup>40</sup> *Holly, H.G.*, sh.153; *Hinze, P.*, sh.52; *Preis, U.*, Prinzipien, sh.312.

işvereni iktisadi yüklerden kurtarmak söz konusudur. Ancak, işletme gereklerine dayalı fesihlerde, iktisadi yük, işyerinde oluşan işçi fazlalığından kaynaklandığı unutulmamalıdır. Bu son halde, işveren, örneğin, siparişlerde ve ciroda meydana gelen azalmaya rağmen işyerinde çalışan sayısının aynen kalmasının yarattığı ekonomik yükten işletme gereklerine dayalı fesih sayesinde kurtulabilir. Dolayısıyla, fesih, işyerinde meydana gelen işçi fazlalığının yarattığı ekonomik yükten kurtulmak açısından elverişli bir tedbirdir<sup>41</sup>.

Aynı şekilde, bir çalışma yerinde çalışabilmek için gerekli nitelik ve kabiliyete, ehliyete artık sahip olmayan işçinin neden olduğu masraf yükünden kurtulmak amacı açısından da fesih (işçinin yetersizliğine dayanan fesih), elverişli bir tedbirdir. Keza, işçinin davranışı nedeniyle zedelenen güven ilişkisi, iş sözleşmesinin feshi ile ortadan kaldırılabilir. Bu bağlamda, fesih, sarsılan güven ilişkisini sonlandırmak için de elverişli bir tedbirdir<sup>42</sup>.

Gereklilik ilkesi, iş güvencesi hukuku açısından, işçiyi daha az olumsuz etkileyecek başka bir elverişli tedbirin mevcut olması halinde, iş sözleşmesinin feshinin gerekli olmadığı anlamına gelir. Bu ilkenin uygulanmasında, fesih dışında işverenin takip ettiği amaca ulaşılmasını sağlayacak başka bir alternatif tedbirin bulunması ve söz konusu alternatif tedbirin işçiyi feshe oranla daha az olumsuz yönde etkilemesi şarttır<sup>43</sup>. Gereklilik ilkesi, muhtemel alternatif tedbirlerden hangisine öncelik verilmesi gerektiği yönünde bir incelemeyi emreder. Ancak tekrar vurgulamak gerekirse, alternatif tedbirden bahsedilebilmesi için, söz konusu tedbirin fesih gibi, işverenin takip ettiği amaca ulaşmasına elverişli olmalıdır. Dolayısıyla, gereklilik alt ilkesinin, elverişlilik alt ilkesini bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Zira, takip edilen amaca ulaşmaya elverişli bulunmayan tedbir gerekli de olmaz<sup>44</sup>. Şu halde, gereklilik prensibi açısından yapılacak incelemede hem feshin hem de alternatif tedbirin takip edilen amaca ulaşma bakımından elverişli olup olmadığı yönünden çifte elverişlilik incelemesi yapılması zorunludur<sup>45</sup>.

Alternatif tedbirin elverişlilik açısından incelemesi yapmadan evvel işçiyi feshe oranla daha az zarar verecek tedbir kavramı üzerinde

---

<sup>41</sup> *Hinze, P.*, sh.52.

<sup>42</sup> *Hinze, P.*, sh.52.

<sup>43</sup> *Hinze, P.*, sh.53.

<sup>44</sup> *Hinze, P.*, sh.55; *Holly, H.G.*, sh.58; *Preis, U.*, Prinzipien, sh.296.

<sup>45</sup> *Hinze, P.*, sh.55.

durmakta fayda vardır. Burada incelenmesi gereken sorun, daha hafif tedbir sorunudur. Buna göre, iş sözleşmesini sona erdiren fesih, iş ilişkisini tamamen ortadan kaldıracığından, daha hafif tedbirin, iş ilişkisini sona erdirmeyen tedbir olduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Şu halde, iş ilişkisini sona erdirmeyen her tedbir, feshe oranla daha hafif tedbirdir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshinde, iş sözleşmesinin mevcudiyetine bir müdahale söz konusu olduğundan, iş sözleşmesini sona erdirmeyen sadece sözleşmenin içeriğine müdahale niteliği taşıyan tedbirler daha hafif tedbirdir<sup>46</sup>. Fesih dışındaki daha hafif tedbirler, iş ilişkisinin devamını yönelik tedbirlerdir.

Gereklik ilkesi, sadece, işçinin hukuki konumuna feshe oranla daha az müdahale teşkil eden tedbirlerin uygulanmasını emretmediğinden; bunun yanında, ayrıca, söz konusu tedbirin, fesih gibi, işverenin amacını gerçekleştirmeye elverişli bir tedbir olmasını öngördüğünden, gereklik ilkesi kapsamında yapılacak incelemenin ikinci aşamasında, yukarıda da vurgulandığı üzere, elverişlilik incelemesinin de yapılması gerekir<sup>47</sup>. Zira, feshe oranla daha hafif olan bir tedbir, işverenin takip ettiği amaca ulaşmasına fesih gibi elverişli ise, fesihden kaçınılması gerekir. Buna göre, daha hafif tedbir, işçinin işten çıkarılması söz konusu olmaksızın, işgücü masraflarında azalmaya veya başka sözleşme ihlallerini engellemeye elverişli ise, fesihden önce uygulanmalıdır<sup>48</sup>.

Aşağıda gereklik ilkesi, münferit geçerli sebepler açısından somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

İş Kanunu'nun 18'nci maddesi uyarınca, işçinin davranışları da geçerli feshe neden olabilir. İş Kanunu'nun 25'nci maddesinde derhal fesih için öngörülen nedenler kadar ağır olmamakla birlikte işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki uyumu olumsuz etkileyen **işçinin davranışları** geçerli fesih nedenleridir<sup>49</sup>.

Gerek Alman öğretisi, gerek Alman yargı içtihatlarında, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebeplerinin gerçekleşmesinin aynı zamanda iş sözleşmesinin ihlali anlamına geldiğinden, ölçülülük

---

<sup>46</sup> Bkz. *Hinze, P.*, sh.56.

<sup>47</sup> *Hinze, P.*, sh.56.

<sup>48</sup> *Hinze, P.*, sh.56-57.

<sup>49</sup> *Süzek, S.*, İş Hukuku, sh.456.

ilkesine dayanılarak, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinden önce işçiye ihtar edilmesinin gerekli olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>50</sup>. Gerçek-  
tende, iradesine dayanan her davranışını işçinin gelecekte değiştirebi-  
leceği kabul edilebilir. Bu sebeple, işveren, **kural olarak**, işçinin iş  
sözleşmesini geçerli feshine yol açan her davranışından evvel, ona ihtar  
etmeyi gözönünde bulundurmalıdır<sup>51</sup>. İhtardan sonra işçinin akde  
aykırı davranışı tekrarlamaması, işverenin, iş sözleşmesinin feshiyle  
hedeflediği amaca ulaşması sonucunu doğurur<sup>52</sup>. Şu halde, işverenin  
fesihle ulaşmak istediği sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam  
etmesi, tekrarlaması rizikosunda kaçınmak amacına, bu riziko artık  
ortadan kalkmış olduğundan ihtarla ulaşılmış olur. Buna göre, işver-  
enin fesihle takip ettiği amaca ulaşmada, ihtar, fesih gibi elverişli bir  
araçtır<sup>53</sup>. Dolayısıyla, İşçi, ihtardan sonra akde uygun davranmaya  
başlarsa, işçinin iş sözleşmesinin feshi ihtiyacı da ortadan kalkar<sup>54</sup>.  
Bunun gibi, işçinin akde aykırı davranışına ses çıkarmamak suretiyle  
işveren tarafından işçi nezdinde yaratılan –söz konusu davranışı  
sözleşmenin feshi için geçerli neden görmediğine dair- güvenin ortadan  
kaldırılması için de ihtar elverişli bir araçtır<sup>55</sup>. Zira, işverenin işçinin  
akde aykırı davranışına ilk önceleri ses çıkarmayıp, aynı davranışın  
tekrarı halinde, birden, işçiye ihtar etmeden sözleşmeyi feshetmesi,  
“çelişkili davranma yasağı”na (**venire contra factum proprium, nemini  
licet**) aykırılık teşkil edeceğinden, MK mad. 2 anlamında hakkın kötüye  
kullanılması olarak değerlendirilecektir<sup>56</sup>.

Bununla birlikte, objektif olaylar, işçinin gelecekte akde aykırı  
davranışlarını tekrar edeceğini gösteriyorsa, başka bir anlatımla, işçi-  
den, akde aykırı davranışından gelecekte de vazgeçmeyeceği bekleni-  
yorsa, ihtara gerek yoktur<sup>57</sup>. Zira, bu tür durumlarda, ihtarın hatırlat-  
ma ve uyarı fonksiyonu<sup>58</sup> işlevsiz kalacaktır. Böyle bir durum, işçinin  
aşıkâr bir şekilde akde aykırı davranışta bulunduğunu bilmesi veya  
bilmek zorunda olması ya da daha önce yapılan açıklamalar ya da

<sup>50</sup> *Bock, M.*: Rechtsprobleme der Abmahnung, ArbuR 1987, sh.218; *Falkenberg, R.-D.*: Die Abmahnung, NZA 1988, sh.489; *von Hoyningen-Huene, G.*: Die Abmahnung im Arbeitsrecht, RdA 1990, sh.195; *Schaub, G.*: Die arbeitsrechtliche Abmahnung, NJW 1990, sh.873.

<sup>51</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.456.

<sup>52</sup> *Hinze, P.*, sh.57.

<sup>53</sup> *Hinze, P.*, sh.57.

<sup>54</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.456.

<sup>55</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.456.

<sup>56</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.456.

<sup>57</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.457. Ayrıca bkz. ve karşı. *Hinze, P.*, sh.57.

<sup>58</sup> Bkz. sh.404 vd.

bildirimler neticesinde akde aykırılığı bilmesi veya bilmek zorunda olması halinde söz konusu olur<sup>59</sup>. Aynı şekilde, işçinin akde aykırı davranışlarda bulunmaya devam etme düşüncesini işverene belli etmesi halinde de ihtarla gerek kalmaz<sup>60</sup>. Bu nevi durumlarda, feshe oranla daha hafif tedbir olan ihtar, işverenin takip ettiği akde aykırı davranışların tekrar edilmesinin önlenmesi şeklindeki amacına ulaşması açısından fesih gibi elverişli olamayacağından, alternatif bir tedbir olarak nitelendirilemeyecek ve dolayısıyla, gereklilik ilkesi uyarınca fesihten önce uygulanması gündeme gelmeyecektir.

İşyerinin normal işleyişini ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyecek derecede işçinin **fiziki ve mesleki yetersizliği** İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli fesih nedenidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, işçinin fiziki ve mesleki yetersizliğinden kaynaklanan fesihte, işverenin takip ettiği amaç, işletmenin ekonomik verim ve yeterlilik kapasitesinin muhafaza edilmesidir. Özde ise, iş ilişkisindeki aksaklıkların sebep olduğu işletmesel yüklerin azaltılmasına veya bertaraf edilmesine çalışılır<sup>61</sup>.

İşçi, iş sözleşmesi ile üstlendiği edimi gelecekte de –sürekli olarak- ifa edemeyecekse, daha hafif tedbir olarak işletme açısından yük teşkil etmeyecek başka bir çalışma yerinde çalıştırılma imkanı gündeme gelir<sup>62</sup>. İşçinin başka bir işte çalıştırılma imkânının varlığının tespitinde, sadece işçinin çalıştığı işe benzer bir işin değil, aynı zamanda daha kötü ve değişik şartlarda çalışabileceği başka işin var olup olmadığına da bakılır<sup>63</sup>. İşçinin bu şekilde başka bir çalışma yerinde çalıştırılma imkanı yoksa, fesihle takip edilen amaca ulaşılmasını mümkün kılan başka bir hafif tedbir düşünülemez<sup>64</sup>.

Buna karşılık işçi, borçlandığı edimi sadece geçici olarak ifa edemeyecek durumda ise, bu geçici çalışma boşluğunu işverenin başka tedbirlerle giderebilir gideremeyeceğine bakılır. Bu bağlamda daha hafif tedbir olarak, yedek olarak hazır bulundurduğu işçi varsa bunların

---

<sup>59</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.457.

<sup>60</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.457.

<sup>61</sup> *Hinze, P.*, sh.59.

<sup>62</sup> BAG, 10.3.1977, AP §1 KSchG 1969, Krankheit, Nr. 4; BAG, 20.5.1988, AP §1 KschG, Personenbedingte Kündigung, Nr. 9; BAG, 7.2.1991, EzA §1 KSchG, Personenbedingte Kündigung, Nr. 9.

<sup>63</sup> BAG, 22.2.1980, EzA §1 KSchG, Krankheit, Nr. 5; BAG, 30.5.1978, §626 BGB, Nr. 66.

<sup>64</sup> *Hinze, P.*, sh.59.

geçici süre çalıştırılması, işin organizasyon yapısını değiştirmek ve işlerin geçici süre olarak başka işçilere gördürülmesi, fazla çalışma yaptırılması gibi tedbirler gündeme gelir<sup>65</sup>. Ancak, dikkatlice incelenecek olursa, söz konusu tedbirlerin uygulanması ilave mâli masrafları gerektirebilir. Oysa, işverenin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihle amacı, mali yüklerden kurtulmaktır. Dolayısıyla, söz konusu hafif tedbirlerin, işverenin ekonomik yüklerden kurtulma amacına fesihle aynı şekilde ulaşmasını mümkün kılan tedbirler olmadığı söylenebilir. Bu durumda, fesihle aynı ölçüde takip edilen amaca ulaşmasını mümkün kılmayan tedbirlerin daha hafif tedbir olarak işçinin fiziki ve mesleki yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde gündeme gelebilip gelemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya hayır cevabı verilecek olursa, iş sözleşmesini sona erdiren feshe oranla işverenin takip ettiği amaca hemen hemen aynı şekilde ulaşılmasını sağlayan tedbirlerin, mali açıdan çok az ilave yük getirmesi nedeniyle işveren açısından katlanılabilir olmasına rağmen, daha hafif tedbir olarak işçinin mesleki ve fiziki yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde uygulanması imkansız olacaktır. Gereklik ilkesi, idare ve anayasa hukukunda kabul edildiği şekilde tam olarak iş güvencesi hukukunda uygulanamaz. İş güvencesi hukukunun özellikleri ve amacı dikkate alınarak değiştirilmiş formda uygulanması gerekir. Bu bağlamda, getirildiği ilave mali yük nedeniyle fesihle aynı ölçüde etkili olmayan ilgili tedbirin, işveren açısından katlanabilir olup olmadığına tetkiki de gerekir<sup>66</sup>. Dolayısıyla, işçinin fiziki ve mesleki yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde üçüncü aşama olarak, ilgili tedbirin işveren açısından katlanılabilir olup olmadığına incelenmesi gerekir. Yapılacak inceleme ilgili tedbirin, işveren açısından katlanabilir olup olmadığı olup, işçi açısından katlanabilir olup olmadığı açısından inceleme yapılamayacaktır<sup>67</sup>. İşveren açısından katlanılabilir olup olmadığına tespitinde, ilgili tedbirin işveren nezdinde doğurduğu ilave ekonomik yükün işçinin işten çıkarılmasıyla takip edilen amaç ile karşılaştırılması yapılır. İşveren açısından katlanılamaz bir tedbirin varlığının kabulü için, ilgili tedbirin işverenin ekonomik açıdan mahfına sebep olması şart değildir<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> BAG, 29.4.1999, AP §1 KSchG 1969, Krankheit, Nr. 36; BAG, 22.2.1980, DB 1980, sh.1447. Ayrıca bkz. *Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.*, Kündigungsgrecht, Teil 3 Rz. 38, sh.615-616.

<sup>66</sup> Bkz. *Hinze, P.*, sh.61.

<sup>67</sup> *Hinze, P.*, sh.79, dpn. 241.

<sup>68</sup> *Hinze, P.*, sh.79.

İşletme gereklerine dayalı fesihte, aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, işverenin işletmesel kararları, mahkemelerin sınırlı denetimine tâbidir. Denetim, sadece, keyfilik ve kanun ya da sözleşmeye aykırılık açısından yapılabilir. İşletme gereklerine dayalı fesihlerde, işletmesel karar özgürlüğünün kural olarak kabul edilmesi ve bu sebeple işletmesel kararların mahkemelerin sınırlı denetimine tâbi olması, feshin oranla daha hafif tedbirin mevcut olup olmadığının, varsa bunun uygulanması gerekip gerekmediğinin de mahkemelerin denetim alanı dışında bulunduğu anlamına gelmez. Bu sebeple, somut bir tedbirin fesih yerine takip edilen amaca uygun olup olmadığı, işverenin serbest takdir hakkı kapsamı içerisinde yer almaz. Aksi takdirde, ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılacak işletme gereklerine dayalı feshin gerekliliğinin değerlendirilmesinin bir anlamı olmazdı<sup>69</sup>. Dikkat edilmesi gereken husus, iş yargıcının işverenin işletmesel kararının gerekliliğini tartışamayacağıdır. Bir tedbirin işletmesel amacını tek başına belirlemek işverenin hakkıdır. Üretimin durdurulması veya azaltılmasının anlamlı olup olmadığını, ekonomik açıdan akıllıca olup olmadığını iş mahkemesi denetleyemez. Buna karşılık, rasyonalizasyon veya çalışma metodlarının değiştirilmesi amacına, işverenin fesih dışında işletme organizasyonuna ilişkin başka tedbirlerle ulaşıp ulaşamayacağı iş yargıcının denetimine tâbidir<sup>70</sup>. İşletmesel tedbirin amacını belirlemek hakkı işverene aittir; ancak işveren işletmesel bir tedbir için amaç gösteremiyorsa, söz konusu tedbir, keyfilik şüphesine maruz kalır<sup>71</sup>.

İşletme gereklerine dayalı feshi, gereklilik ilkesi açısından değerlendirilecek olursa, ilk önce bu nevi fesih ile takip edilen amaca bakmak gerekir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, işletme gereklerine dayalı fesihle, işveren, mevcut işçi sayısını, işletmede ihtiyaç duyulan işçi sayısına uyumlaştırma amacını güder. Bu amaçtan hareketle, söz konusu amaca feshin oranla daha hafif olan hangi tedbirle ulaşılabileceğinin değerlendirilmesi gerekir. Ancak, kelime sırf bu amaç gözönüne alınacak olursa, işverenin mevcut işçi sayısını, işletmenin gerçekte ihtiyaç duyduğu işçi sayısına uyumlaştırma amacına sadece işçi sayısının azaltılması ile olacağı sonucuna varılabilir. Bu amaca ulaşmak için fesihten başka bir tedbir gündeme gelmez. Ancak bu durum, işletme gereklerine dayalı fesihte, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi dışında başka bir tedbirin olamayacağı anlamına gelmemelidir. Zira,

---

<sup>69</sup> *Hinze, P.*, sh.63.

<sup>70</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.217-218.

<sup>71</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.218.

işverenin, mevcut işçi sayısını, fiilen ihtiyaç duyulan işçi sayısına uyumlaştırma amacının arkasında başka bir amaç gizlidir: İşletmenin ekonomik verimliliğinin, ekonomik etkinliğinin, gelir getiriciliğinin, kârlılığının muhafazası. İşte işveren, işletmenin karlılığının, gelir getiriciliğinin, ekonomik verimliliğinin muhafazasını işçi çıkarmadan da sağlayabiliyorsa, iş sözleşmesinin feshi yoluna başvuramaz<sup>72</sup>. İşçinin işyerinde çalıştırılmaya devam etmesi, her durumda iş akdinin feshine oranla daha hafif bir tedbir olduğundan, işyerinde işçinin çalıştırılmaya devam etmesi sonucunu doğuracak her işletmesel organizasyona yönelik tedbirin uygulanması halinde, iş ilişkisine son verme gibi işveren açısından mali yük getirmesinin beklenmemesi durumunda işletme gereklerine dayalı fesih yoluna başvurulamaz. Buna göre, işyerinde başka bir boş çalışma yeri var ve işveren de haddi zatında burada işçi çalıştırmak istiyorsa, iş aktinin feshi gündeme gelen işçinin bu çalışma yerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi gerekir. Bu suretle de aslında işyerinde işçi fazlalığı da söz konusu olmamış olur. Buna karşılık yapılan karşılaştırmada işçinin işyerinde çalıştırılmasına yol açacak tedbir, işveren açısından ekonomik bir masrafı beraberinde getiriyorsa, masrafın işveren açısından katlanabilir olup olmadığının araştırılması gerekir<sup>73</sup>.

Gereklilik ilkesi kapsamında tartışılması gereken diğer nokta, iş sözleşmesinin feshine oranla daha hafif birden fazla alternatif tedbirin bulunması halinde, işverenin bu tedbirler arasından istediğini serbestçe seçme hakkına sahip olup olmadığıdır. Bir başka anlatımla, işveren, feshine oranla birden fazla daha hafif tedbir söz konusu ise, bunlar arasından belirli tedbirleri öncelikli olarak uygulamaz zorunda mıdır?

Feshe oranla daha hafif olan tedbirler arasında, birini diğerine oranla öncelik verme sonucunu doğuracak hiyerarşinin varlığı, oldukça sınırlı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, işverenin hafif tedbirler arasından bazılarını öncelik verme zorunluluğu kural olarak yoktur. Bununla birlikte, doktrinde, işverenin istisnaen, muhtemel alternatif tedbirler arasından sözleşme değişikliğine neden olmayacak tedbire, değişiklik feshine oranla öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> *Hinze, P.*, sh.64.

<sup>73</sup> *Hinze, P.*, sh.65.

<sup>74</sup> *Hinze, P.*, sh.65. *Boewer, D.*: Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, sh.2621; *Gaul, B.*: Änderungskündigung zur Absenkung oder Flexibilisierung von Arbeitszeit und/oder Arbeitsengelt, DB 1998, sh.1913

İşverenin talimat verme hakkı kapsamında bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulamaz<sup>75</sup>. İşverenin, eşit derecede etkili birden çok alternatif tedbir arasından, daima, işçi açısından mutlak suretle daha hafif sayılacak olanı seçme zorunluluğu ise yoktur<sup>76</sup>. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, işveren, işçi açısından daha olumsuz sonuçlar doğuracak değişiklik feshi yerine, daha az olumsuz sonuç doğuracak değişiklik feshine başvurmakla yükümlü değildir<sup>77</sup>. Hinze'ye göre, iş Yargıcı, işverene, onun işletmesel karar alma özgürlüğü açısından, feshe oranla daha hafif eşit derecede etkili birden çok tedbirden hangisini uygulaması gerektiğine dair talimat veremez<sup>78</sup>. Bundan ötürü, işletme gereklerine dayalı fesihten kaçınmak için işçinin boş olan çalışma yerlerinden hangisinde çalışması gerektiği işverenin takdir alanı içerisindedir<sup>79</sup>. Von Hoyningen Hoyningen- Huene/Linck'e göre, işyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkanı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir<sup>80</sup>. Kanaatimizce, işveren, işletmesel planını en başarılı bir şekilde nasıl gerçekleştirebileceği ve işçiyi, sahip olduğu mesleki özellik ve yeteneklerine göre iş sözleşmesi kapsamında en efektif bir şekilde nerede değerlendirebileceği hususunda serbestçe karar verebilir. Bununla birlikte, işçinin faaliyetinin ve çalışma yerinin değişmesiyle bağlı olarak işçi nezdinde ortaya çıkabilecek şahsi olumsuzlukları gözönüne almak zorunda olmalıdır<sup>81</sup>. İş sözleşmesi işletme gereklerine dayalı feshedilmesi gündeme gelen işçinin mevcut çalışma yeriyle aynı şartlara sahip başka bir çalışma yeri yanında mevcut çalışma yerine oranda daha iyi şartlara sahip başka bir çalışma yeri varsa, daha iyi çalışma şartları

<sup>75</sup> *Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, §1 KSchG Rdnr. 638, sh.419. *Ölçülülük ilkesi, değişiklik feshine de hakim olan bir ilkedir.* (BAG, 24.4.1997, AP §2 KSchG 1969, Nr. 42=NZA 1997, sh.1047; BAG, 26.1.1995, AP §2 KSchG 1969, Nr. 37=NZA 1995, sh.628. Ayrıca bkz. *Preis, U.*, Prinzipien, sh.307).

<sup>76</sup> *Hinze, P.*, sh.65-66.

<sup>77</sup> BAG, 24.4.1997, DB 1997, sh.1776.

<sup>78</sup> *Hinze, P.*, sh.66.

<sup>79</sup> *Hinze, P.*, sh.66.

<sup>80</sup> *v.Hoyningen-Huene, G./Linck, R.*: Betriebsbedingte Kündigung und Weiterbeschäftigungspflicht, DB 1993, sh.1188.

<sup>81</sup> Bkz. *Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, §1 KSchG Rdnr. 638, sh.419.

altında olan bu çalışma yerinde çalıştırılmayı işverenden talep hakkına sahip değildir<sup>82</sup>.

### cc) İş Güvencesi Hukuku Açısından Oranlılık İlkesi

Bu ilkeye göre, iş sözleşmesinin feshinin, onunla takip edilen amaçla oranlı bir ilişki içerisinde bulunması gerekir. Oranlılık ilkesi, görünüşte menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi prensibi ile benzerlik arz etmektedir. Oysa aralarında nüans bulunmaktadır. Şöyle ki, oranlılık ilkesinde, araç ve amacın karşılıklı olarak tartılmasıyla sınırlı bir değerlendirme söz konusudur. Buna karşılık, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesinde prensibi böyle bir sınırlandırmayı içermeyen somut olayın tüm özelliklerinin değerlendirilmesi söz konusudur<sup>83</sup>. Bu açıdan, oranlılık ilkesi, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinin bir kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, metodik açıdan, oranlılık ilkesi, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi prensibi gibi ele alınmalıdır<sup>84</sup>. Binaenaleyh, söz konusu ilke, sadece, işçinin davranış ve yeterliliğinden kaynaklanan fesihlerde uygulama alanı bulacaktır. Burada iş sözleşmesini feshetmek isteyen menfaat ve amacı ile feshin muhatabının amaç ve menfaati karşılaştırılır. İş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin amaç ve menfaatleri, iş ilişkisinin varlığına ve içeriğine herhangi bir müdahale olmadan gerçekleştirilebilecekse, buna rağmen iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi gerekli olmayacağından, ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesine aykırılıktan bahsedilecektir. Böyle bir durumda, menfaatlerin tartılmasına gerek dahi yoktur. Oranlılık ilkesi, işverenin menfaat ve amacı, iş ilişkisine müdahale teşkil etmeden gerçekleşmeyecekse gündeme gelir<sup>85</sup>. Bu prensip açısından inceleme yapılmazsa, tamamen önemsiz bir amacın feshi meşru kılması tehlikesi söz konusu olur. Diyelim ki, bir süpermarkette çalışan işçi, dayanamayıp vitrindeki bir dilim keki yemiştir. İşçinin bu hareketi hırsızlık olarak nitelendirilip, davranışlarından kaynaklanan fesih nedeni olabilir. İşverenin iş sözleşmesinin feshiyle güttüğü amaç, işçi ile aralarında bozulan güven ilişkisini ortadan kaldırmaktır. İşçi ile işveren arasındaki güven ilişkisinin tekrar

<sup>82</sup> *Kassen, D.*: Die Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung gemäss §1 Abs.2 Sätze 2 und 3 KSchG als Alternativen zur Beendigungskündigung, Bochum Univ. Diss. 2000, sh.199.

<sup>83</sup> *Hinze, P.*, sh.68-69.

<sup>84</sup> Bkz. *Preis, U.*, Prinzipien, sh.269 ve sh.271.

<sup>85</sup> *Holly, H.G.*, sh.96-97.

tesis edilmesinin mümkün olmadığından bahisle, iş sözleşmesinin feshi gerekli de görülebilir. Bütün bunlara rağmen, iş ilişkisinin sona ermesinin, işverenin meşru menfaatiyle kabul edilebilir bir oran içinde olup olmadığı sorusu gündeme gelir. Şöyle ki, izinsiz kurabiye yenmesi sonucu iş ilişkisinin sona erdirilmesi, işçi açısından sona ermenin sonuçları dikkate alındığında, makul görülebilecek kadar güven ilişkisinin sarsıldığını kabul etmeye mezur mudur, değil midir? Bu soruya, somut olayın özellikleri dikkate alınarak ya evet ya da hayır cevabı verilebilir<sup>86</sup>.

## 2. Ultima-Ratio İlkesi

Alman Federal İş Mahkemesi, ölçülülük ilkesini, 70'li yılların sonlarında uygulamaya başlamıştır. Alman Federal İş Mahkemesinin bu yönde ilk sayılabilecek 30.5.1978 tarihli kararında<sup>87</sup> olağanüstü fesihle ilgili olarak ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Mahkemeye göre, artık katlanılmaz hale gelen iş ilişkisini mevcut haliyle muhafaza etmeyi mümkün kılan daha hafif hukuki imkanların ortadan kalkması halinde olağanüstü fesih gündeme gelir. Alman Yüksek Mahkemesine göre, olağanüstü feshi ultima ratio olarak başvurulmalıdır. Federal Mahkeme söz konusu kararında, iş ilişkisini sona erdiren feshin, ister işletme gereklerine ister işçinin yeterliliği veya davranışı ile ilgili sebeplere dayansın, ister olağan ister olağanüstü fesih niteliğinde olsun, ancak, icabında daha kötü şartlarda dahi olsa işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma imkânı ortadan kalktığında söz konusu olacağına hükmetmiştir<sup>88</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi bu karardan sonra neredeyse tüm kararlarında iş güvencesi hukukuna hakim olan ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Alman Yüksek Mahkemesi söz konusu kararlarında ultima-ratio prensibi ile ölçülülük ilkesinin eş anlamlı olarak kullanmıştır<sup>89</sup>.

Ultima-ratio prensibi sadece iş güvencesi hükümleri<sup>90</sup> açısından değil, genel olarak iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olduğu tüm durumlarda uygulanan bir ilkedir<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> *Holly, H.G.*, sh.97.

<sup>87</sup> BAG, 30.5.1978, BAGE 30, sh.309 vd.

<sup>88</sup> Bag, 30.5.1978, AP §626 BGB, Nr. 70=EzA §626 BGB, Nr. 66.

<sup>89</sup> *von Finckenstein, B.*, sh.261.

<sup>90</sup> BAG, 30.5.1978, EzA §626 BGB, Nr. 66.

<sup>91</sup> *Holly, H.G.*, sh.42.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Alman yargı içtihatlarında, orantılılık ilkesi ile ultima-ratio ilkesi kısmen eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte, her iki prensibin aynı içerikte mi olduğu; farklılık arzettiği noktaların bulunup bulunmadığı hususunda açık bir ifade yargı kararlarında yer almamaktadır. Alman doktrini, yargı içtihatlarının bu tutumunu eleştirmektedir. Doktrinde, Alman yargısının bu tutumunun, söz konusu prensipleri, -açığa imzada olduğu gibi- içeriği sonradan doldurulacak kavramlar olarak kullandığı intibamı uyandırdığı söylenmektedir.

Şüphesiz ultima-ratio olarak haklı feshe başvurulması sorunu yeni ve iş hukukunda doğmuş bir sorun değildir. Kollektif şirkette, bir ortağın şirketten çıkarılması, sözleşmenin olağanüstü feshini karşılayan bir müeyyidedir. Bu bağlamda, doktrin ve yargı kararlarında, ortağın şirketten çıkarılmasının, ortağın yönetim hakkının elinden alınması gibi, daha az radikal bir tedbirin uygulanma ihtimalinin olmaması halinde söz konusu olabileceği fikri ileri sürülmektedir<sup>92</sup>.

Ultima-ratio, son çare olarak tercüme edilmektedir. Söz konusu terimin, ilk olarak Fransız topları üzerinde yer alan “ultima ratio regum” kitabesinde kullanıldığını; söz konusu kitabenin “kralın son çaresi” anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Bu kitabeyle kastedilen, siyasi ihtilafların silah gücü kullanılmadan çözümü imkânının ortadan kalkması halinde, savaşa, son çare olarak başvurulmalıdır<sup>93</sup>. Ultima-ratio prensibi, ne makullük ve uygunluk ne de haklı olarak beklenebilirlik ve talep edilebilirlik kriterini içermektedir. Bu anlamda, ultima-ratio prensibinde, oranlılık ilkesi gibi, karşılaştırıp ölçme söz konusu değildir. Bundan dolayı, ultima-ratio prensibi, ölçülülük ilkesi ile değil; onun bir alt ilkesi olan “gereklilik ilkesi” ile eş anlamda kullanılabilir<sup>94</sup>. Dolayısıyla, yukarıda gereklilik alt ilkesi ile ilgili olarak anlatılan bütün hususlar, ultima-ratio ilkesi için de geçerlidir. Bu ilke ile asıl anlatılmak istenen husus, iş sözleşmesinin feshinden kaçınmak için ilk önce bütün imkanların (örneğin, işçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılmaya devam ettirilmesi, işverenden beklenebildiği sürece, işçinin gelişimi için mesleki

<sup>92</sup> *Hueck, A.*: Das Recht der OHG, 4. Aufl., München 1971, sh.440; Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. BGHZ, 4, sh.110; BGH, DB 71, sh.140.

<sup>93</sup> *Preis, U.*, Prinzipien, sh.279.

<sup>94</sup> *von Finckenstein, B.*, sh.261; *Preis, U.*, Prinzipien, sh.279; *Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R.*, Nr. 918 sh.347.

eğitime tabi tutulması, veya yeni bir meslek sahibi olabilmesi için eğitime gönderilmesi<sup>95)</sup> tkutilmiş olması gerekir<sup>96</sup>. İş sözleşmesinin sona erdirici feshinden önce değişiklik feshinin uygulanması gerektiği de bu ilkeden çıkarılmaktadır<sup>97</sup>. Keza, işçinin davranışlarına dayalı fesih yoluna gitmeden evvel, işçiye davranışından dolayı ilk önce ihtar çekilmesinin zorunluluğu da feshin son çare olması ilkesine dayalı olarak varılan bir sonuçtur<sup>98</sup>. İşçinin alışma yerinin değiştirilmesi de feshin çare olması ilkesinin bir sonucudur<sup>99</sup>.

Yargıtay 9. HD.sinin uygulamasında özellikle işletme gereklerine dayalı feshlerde, feshin çare olması ilkesinin uygulandığı görülmektedir. şöyle ki; Yargıtay 9. HD.sinin 2.5.2006 tarihli kararına göre<sup>100</sup>:

“Bu durumda, davacının nitelikleri dikkate alınarak, davalı bankanın başka birimlerinde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının, başka bir anlatımla, feshin son çare olarak başvurulup vurulmadığının işyerinde keşif icra edilerek; uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekir”.

Yargıtay 9. HD.sinin 15.5.2006 tarihli bir başka kararına göre ise<sup>101</sup>:

“Fazla alışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutularak amaca ulaşma olanağı var iken feshin başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır”(ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”.

<sup>95</sup> Feshin alternatif teşkil edecek önlemlerin sınırlı sayı esasına dayandırılması olanağının bulunmadığı hakkında bkz. **Güzel, A.**: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son are) İlkesi ve Uygulama Esasları, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, sh.72.

<sup>96</sup> **Kittner, M./Dubler, W./Zwanziger, B.**, Kündigungsschutzrecht, §1 KSchG. Rdnr. 50, sh.1392.

<sup>97</sup> BAG, 27.9.1984, EzA §2 KSchG, Nr. 5.

<sup>98</sup> **Kittner, M./Dubler, W./Zwanziger, B.**, Kündigungsschutzrecht, §1 KSchG. Rdnr. 50, sh.1392-1393. Ayrıca bkz. **Demir, F.**: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, sh.202; **Ekonomi, M.**: Yeni İş Kanunu erevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İstanbul 2005, Yayın NO.: TÜSİAD-T/2005-03/390, sh.51.

<sup>99</sup> **Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Ngele, S./Pfeifer, G.**, HaKo, §1 KSchG Rz.144, sh.130.

<sup>100</sup> Yarg. 9. HD., 2.5.2006 tarih ve E. 2006/10516 -K.2006/12278

<sup>101</sup> Yarg. 9. HD. 15.5.2006 tarih ve E. 2006/10807-K.2006/13509

Yargıtay 9 HD., 6.2.2006 tarihli kararında da bu ilkeyi benzer şekilde vurgulamıştır<sup>102</sup>:

“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 işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca fesih, son çare olmalıdır”.

Ultima-ratio ilkesinin iş sözleşmesinin haklı-olağanüstü feshinde geçerli bir ilke olup olmadığı tartışmalıdır. Alman hukukunda Hueck<sup>103</sup> ve Nikisch<sup>104</sup>, olağanüstü feshe ultima-ratio olarak başvurulması gerektiği şeklinde haklı (olağanüstü) feshi sınırlandırmanın mümkün olmadığını söylemektedir. Buna karşılık, Molitor<sup>105</sup> ve Galperin<sup>106</sup>, sözleşmenin haklı nedenle olağanüstü feshinin ancak ultima-ratio olarak caiz olduğu fikrini savunmaktadır.

Önemle vurgulamak gerekirse, iş sözleşmesinin ister süreli feshinde, ister işçinin yetersizliğinden veya davranışından ya da işletme gereklerinden kaynaklansın ultima-ratio prensibi, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulmasını gerektirir<sup>107</sup>. Ultima-ratio prensibi, sadece, işletme gereklerine dayalı fesihlerde uygulanan bir ilke değildir. Her ne kadar, İş Kanunu’un gerekçesinde, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenler varlığı halinde düşünülmesi gerektiği belirtilmekle birlikte, işçinin yetersizliği ve davranışına ilişkin nedenler halinde, işçinin performans ve uyumu ile ilgili konularla sınırlı olarak yapılacak fesihlerde de uygulanma kabiliyetine sahip olmalıdır<sup>108</sup>.

**İşçinin davranışlarından kaynaklanan** fesihlerde, önce işçiye ihtarın verilmesi gerektiği; feshin, davranışın tekrarı halinde gündeme

<sup>102</sup> Yarg. 9. HD., 6.2.2006 tarih ve E.2006/1137- K.2006/2263. Bezer nitelikli başka bir karar için bkz. Yarg. 9. HD. 9.10.2006 tarih ve E. 2006/17907 – K.2006/26027

<sup>103</sup> **Hueck, A./Nipperdey, H.C.**: Arbeitsrecht, Bd. I, 7. Aufl., Berlin-Frankfurt 1963, sh.597.

<sup>104</sup> **Nikisch, A.**: Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961, sh.721.

<sup>105</sup> **Molitor, E.**: Kündigung, 2. Aufl., Mannheim 1951, sh.294.

<sup>106</sup> **Galperin, H.**: Der wichtige Grund zur ausserordentlichen Kündigung, DB 1964, sh.1117.

<sup>107</sup> BAG, 30.5.1978, EzA §626 BGB, Nr. 66; BAG, 22.7.1980, EzA §1 KSchG, Nr. 5; **Hillebrecht, L.**: Die betriebsbedigte Kündigung, VAA, sh.81; **Keller, U.**: Die ärtliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, NZA 1988, sh.564.

<sup>108</sup> Bkz. **Kandemir, M.**: İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, SBArD 2005, S.6, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, sh.327; **Çelik, N.**: İş Hukuku Dersleri, 19.B., İstanbul 2006, sh.215.

gelmesinin ultima ratio ilkesi gereği olduğu belirttik. Söz konusu ilke uyarınca, işçinin işyerinin ve çalışma yerinin değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı da araştırılmalıdır. Ancak, işçinin çalışma yerinin değiştirilmesinin fesihten önce uygulanabilir bir tedbir olması için, işyerinde boş bir çalışma yerinin mevcut olması, işçinin feshi gündeme getiren davranışının başka çalışma yerinde yapmayacağına dair objektif bir ipucunun olması, yani, işçinin davranışının çalıştığı yere özgü olması<sup>109</sup> ve nihayet işçinin boş çalışma yerinde çalıştırmaya devam ettirilmesinin işverenden beklenebilir olması zorunludur. Demek ki, işçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılabilmesi için işçinin davranışının doğrudan doğruya çalıştığı çalışma yerine özgü bir sebepten kaynaklanmış olması ve bu durumların işletmede boş olan başka bir çalışma yerinde mevcut olmaması gerekir<sup>110</sup>. İşçinin başka bir işyerinde çalıştırılmasının işverenden beklenebilmesi, işçinin hatalı davranışının sebebine ve yükümlülük ihlalinin ağırlığına; bir başka anlatımla, işçinin iş sözleşmesini ihlalinin sonuçları ve yoğunluğuna bağlıdır<sup>111</sup>. İşçinin, çalıştığı yerde önceden provoke edilmeden diğer işçilerle kavgaya girişmesi, ağır sözler söylemesi halinde, işverenden, söz konusu işçinin çalışma yerini değiştirmesini beklemek haklı olmaz<sup>112</sup>. İşçinin işe sık sık geç gelmesi, işletmede sigara ve alkol kullanma yasağına aykırı hareket gibi akdi yükümlülüklerine aykırı hareketi, çalışma yerine özgü hareketler olmayıp, çalışma yerinin değiştirilmesi halinde dahi bu nevi hareketlerden vazgeçeceğine dair objektif bir ipucu olmadığından, çalışma yerinin değiştirilmesi veya başka bir çalışma yerine nakli, ön tedbir olarak gündeme gelmez<sup>113</sup>. Böyle bir tedbir, her ne kadar feshe oranla daha hafif tedbir olsa bile işverenin güttüğü amaca ulaşmada elverişli olamayacağından, gereklilik ilkesi gereği de gündeme gelmez.

**İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinin mevcudiyeti halinde de ultima-ratio ilkesi kabili tatbiktir.** İşçinin iş

<sup>109</sup> BAG, 16.01.1997, DStR 1997, sh.1056; BAG, 31.03.1993, AP §626 BGB, Nr. 32. Ayrıca bkz. *Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.*, Kündigungrecht, Teil 4 Rz. 64, sh.729; *Kittner, M./Däubler, W./Zwanziger, B.*, Kündigungsschutzrecht, §1 KSchG. Rdnr. 163, sh.1435; *Ascheid, R.*: Erfurter Kommentar, §1 KSchG Rdnr. 295, sh.2143.

<sup>110</sup> *Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, §1 KSchG Rdnr. 96, sh.249.

<sup>111</sup> BAG, 31.03.1993, AP §626 BGB, Nr. 32. Açıklamalar için bkz. *Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G.*, HaKo, §1 KSchG Rz.284-285, sh.181.

<sup>112</sup> *Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G.*, HaKo, §1 KSchG Rz.286, sh.181.

<sup>113</sup> *Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G.*, HaKo, §1 KSchG Rz.287, sh.181; *Ascheid, R.*: Erfurter Kommentar, §1 KSchG Rdnr. 295, sh.2143.

ediminin yerine getirebilmesindeki engel, geçici mahiyette ise, ultima-ratio ilkesi, işverene, mümkün ve kendisinden haklı olarak beklenebilecekse bu geçici dönemi, alacağı tedbirlerle (zor durumu aşma tedbirleri) aşma yükümlülüğü yüklemektedir<sup>114</sup>. Yedek işçinin çalıştırılması, geçici eleman istihdamı, fazla çalışma uygulamasına geçme, ilgili işçinin işlerinin başka bir işçiye geçici süreli olarak devri gibi tedbirler, geçici zor durumu aşma tedbirleri olarak gündeme gelir<sup>115</sup>. İşverenden bu nevi tedbirleri almasının beklenebileceği sürenin tayininde, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, işveren açısından söz konusu tedbirlerin işletmesel etkileri, işçi yönünden ise, geçici işgöremezliğin nedeni, işletmede çalıştığı süre gözönünde bulundurulur<sup>116</sup>. Her olay için geçerli sabit bir sürenin önceden tayini mümkün değildir. Tekrar vurgulamak gerekirse, zor durumu aşma tedbirleri, sadece, işçinin geçici işgöremez durumda olması halinde söz konusu olabilir. Buna karşılık, işçi, borçlandığı iş edimini sürekli olarak yerine getiremez ise, iş sözleşmesi anlamını kaybedeceğinden sona erdirilebilir<sup>117</sup>.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, ultima-ratio ilkesi, işverene kendisinden beklenebildiği ölçüde, işçiyi mesleki eğitime tabi tutarak işletmede mevcut olan işe uyumunu sağlamak yükümlülüğü de yükleyebilir. Ancak bu nevi tedbirin uygulanabilmesinin şartı, iş sözleşmesinin feshi anında, mesleki eğitimle kazanabilecek mesleki niteliğe uygun boş bir çalışma yerinin işletmede mevcut olması; işçinin yeni bir mesleki eğitimden elde edilmesi düşünülen özellikleri öğrenme kabiliyetine sahip olması, işçinin de mesleki eğitimi almaya hazır olması, mesleki eğitimden sonra söz konusu işçinin boş çalışma yerinde çalıştırılmaya devam etmesinin ekonomik açıdan anlamlı olması ve nihayet, mesleki eğitimin, işletme açısından ölçüsüz zaman kaybını ve masrafı gerektirmemesidir<sup>118</sup>. Ancak belirtmek gerekirse, işverenin söz konusu işçi için boş bir çalışma yeri yaratmak veya bu şekilde durumların ortaya çıkacağını öngörerek hazır boş çalışma yerini tutmak yükümlülüğü yoktur<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> BAG, 22.2.1980, BB 1980, sh.938; BAG, 7.1.1985, BB 1986, sh.595; *Löwisch, M./Spinner, G.*, §1 KSchG Rdnr. 189, sh.101.

<sup>115</sup> *Löwisch, M./Spinner, G.*, §1 KSchG Rdnr. 189, sh.101.

<sup>116</sup> BAG, 22.2.1980, BB 1980, sh.938; BAG, 5.7.1990, AP §1 KSchG, Nr. 26; *Löwisch, M./Spinner, G.*, §1 KSchG Rdnr. 189, sh.101.

<sup>117</sup> *Löwisch, M./Spinner, G.*, §1 KSchG Rdnr. 190, sh.101.

<sup>118</sup> Bkz *Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.*, Kündigungrecht, Teil 3 Rz. 50, sh.619. Ayrıca bkz. BAG, 7.2.1991, EzA §1 KSchG, Nr. 9; BAG, 29.1.1997, ArbuR 1997, sh.166.

<sup>119</sup> BAG, 7.2.1991, EzA §1 KSchG, Nr. 9; *Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.*, Kündigungrecht, Teil 3 Rz. 51, sh.619.

İşçinin verim profiline uygun olarak işyerinde boş bir yerde çalıştırılma imkanı varsa, ultima ratio prensibi, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih yoluna başvurmamayı gerektirir. Böyle durumlarda, işverenin, iş sözleşmesini sona erdirmeye menfaatinin varlığı kabul edilemez<sup>120</sup>. Bu bağlamda vurgulamak gerekirse, işçinin işyerindeki boş bir çalışma yerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesi mümkün ise, bu keyfiyetin, feshin son çare olması ilkesi gereği daima gözönünde bulundurulması ve feshi engelleyici etkisi, bütün fesih türlerinde (işçinin davranışından veya yetersizliğinden kaynaklanan ya da işletme gereklerine dayanan fesihlerde) söz konusudur<sup>121</sup>.

İşçinin “kendi kasti”, “derli toplu olmayan yaşayışı” veya içkiye düşkünlüğü” (İşK mad. 25/I, a) dışında herhangi bir nedenle hastalanması halinde, işyerine devamsızlığı İş Kanunu’nun 17’nci maddesinde belirtilen bildirim sürelerini altı hafta aşarsa fesih hakkı doğar. İşveren böyle bir durumda, iş sözleşmesini haklı feshetme imkânı yanında İş Kanunu’nun 18’nci maddesinin (f) fıkrası uyarınca geçerli nedenle fesih hakkına da kavuşacaktır. Buna karşılık, işçinin sık sık hastalanmasıyla ilgili olarak, -uzun süreli hastalıktan farklı olarak- İş Kanunu bir düzenlemeyi ihtiva etmemektedir. Bu durumda, işçinin sık sık hastalanması, iş görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak etkiliyor, işyerinin normal işleyişini bozuyorsa işverenin geçerli olarak süreli fesih hakkını kullanabileceği doktrinde ileri sürülmektedir<sup>122</sup>. Kanaatimizce, uzun süreli hastalıklarda, sık sık hastalanmalarda olduğu gibi, gereklilik ilkesi ve ultima-ratio ilkesinin uygulanması gerekir. Söz konusu ilkeler, işverene, kendisinden beklenilebilecek ve haklı olarak istenebilecek olması halinde, işyerinde ortaya çıkan bu nevi “zor durumu aşma tedbirleri” yüklemektedir. Buna göre, işveren, işyerinde hastalanmış işçinin işini yapabilecek yedek işçisi varsa, geçici işçi çalıştırma imkânına sahipse, işyerinde çalışan başka bir işçiyi o işte çalıştırabilme imkânına sahipse, fazla çalışma talimatı verebiliyorsa, bu tedbirler kendisinden beklenebilirlik ve istenebilirlik ölçüsü içinde kalması koşuluyla iş sözleşmesini feshetmemelidir<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> **Berkowsky, W.:** Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl., München 2005, §3 Rdnr. 90, sh.44.

<sup>121</sup> **Berkowsky, W.:** Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, §3 Rdnr. 89, sh.44; **Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.,** §1 KSchG Rdnr. 95, sh.249.

<sup>122</sup> Bkz. **Süzek, S.,** sh.452; **Centel, T.:** Feshin Geçerli Neden Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, Mercek Nisan 2003, sh.12.

<sup>123</sup> BAG, 25.11.1982, BB 1983, sh.900; BAG, 22.2.1980, EzA §1 KSchG, Nr. 5; **Kempff, G.:** Verhältnis von Kündigung und Änderungskündigung, DB 1978, sh.1401; **Meisel, P.G.:** Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, DB 1981, sh.1724.

İşçinin çalışma gücünde hastalık, yaşlılık veya kaza nedeniyle bir azalma meydana gelmişse, işveren, ultima-ratio prensibi uyarınca, iş sözleşmesini feshetmeden önce, işçi tarafından hâli hazırda yerine getirilen hizmet edimi ile sözleşmede borçlanılan hizmet edimini uyumlu hale getirmeye çalışmalıdır. Bu bağlamda, işveren, işçiyi başka suretle kullanabilmeli, işletme açısından bir yük teşkil etmeyecek uygun bir çalışma yeri varsa orada çalıştırmaya devam etmeli<sup>124</sup>, haftalık çalışma saatini azaltma gibi iş şartlarını değiştirmelidir<sup>125</sup>.

İşçinin kısmi süreli iş ilişkisi içerisinde çalıştırılma imkanı varsa, bu imkanın, ultima-ratio ilkesi uyarınca gözönüne alınması gerekir<sup>126</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin işyerinde çalıştırılmaya devam etme imkanı varsa, işverenin işletmesel menfaatlerinin işçinin yetersizliğinden dolayı zarar gördüğünden bahsedilemeyecektir<sup>127</sup>.

Feshin son çare olması ilkesi, **işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin mevcudiyeti halinde** gözönünde bulundurulması gereken bir ilkedir.

Şüphesiz, işletme gereklerine dayanan geçerli fesih sebeplerine dayanılarak sözleşmenin feshinden önce, işverenin ilk önce, kendisinden beklenilebilecek teknik, ekonomik ve organizasyona yönelik tedbirleri almak hususunda çaba sarfetmesi halinde söz konusu olabileceği görüşü sadece ölçülülük ilkesine<sup>128</sup> değil aynı zamanda ultima-ratio prensibine<sup>129</sup> dayanılarak da ileri sürülmektedir. Bu bağlamda alınacak tedbirler, orantılılık ilkesinden çıkarılan tedbirler gibidir. Söz konusu tedbirlere örnek olarak, işçinin başka bir işte kullanılması<sup>130</sup>, işletmede kısa çalışma uygulamasına geçme<sup>131</sup>, işletmede fazla çalışma ile uzun süreli çalışmaların kaldırılması<sup>132</sup>, geçici iş ilişkilerine son verilmesi, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme<sup>133</sup> verilebilir. İş

<sup>124</sup> BAG, 10.3.1977, §1 KSchG 1969, Nr. 4; BAG, 20.5.1988, Ap §1 KSchG 1969, Nr. 9; BAG, 7.1.1991, EzA §1 KSchG, Nr. 9; ayrıca bkz. **Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.**, Kündigungsgesetz, Teil 3 Rz. 42, sh.616-617.

<sup>125</sup> **Kempff, G.**, DB 1981, sh.1400-1401; **Holly, H.G.**, sh.48-49.

<sup>126</sup> BAG, 2.2.1973, EzA §626 BGB, Nr. 27.

<sup>127</sup> **Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.**, Kündigungsgesetz, Teil 3 Rz. 42, sh.617.

<sup>128</sup> **Holly, H.G.**, sh.50.

<sup>129</sup> **Holly, H.G.**, sh.50.

<sup>130</sup> **Holly, H.G.**, sh.50.

<sup>131</sup> **Kempff, G.**, DB 1981, sh.1401; **Schwerdtner, P.**: Offene Probleme des Kündigungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen, ZIP 1984, sh.10.

<sup>132</sup> Bkz. **Kempff, G.**, DB 1981, sh.1401; **Schwerdtner, P.**, ZIP 1984, sh.10.

<sup>133</sup> BAG, 20.2.1986, NZA 1986, sh.824; **Kempff, G.**, DB 1981, sh.1401.

ilişkinin sona erdirilmesi yerine masrafların azaltılmasına yönelik tedbirlerin alınması da (örneğin, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen miktarın üstünde yapılan mükafat veya maaş zammı ya da prim gibi ücret eklerinin kısılması) ultima-ratio ilkesinin bir sonucudur<sup>134</sup>. Bu nevi tedbirlerin uygulanabilirliği ve uygulanma şartları, işletme gereklerine dayalı fesihle ayrıntılı inceleneceğinden burada üzerinde durulmayacaktır.

Yargıtay işletme gereklerine dayalı fesihle, feshin son çare olması ilkesine uyulmasını, feshin geçerliliği açısından aramaktadır. Örneğin, Yargıtay 9. HD.si 20.3.1006 tarihli kararında bu görüşünü şu şekilde vurgulamıştır<sup>135</sup>:

“Davalı işveren, yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetlerini dışardan satın almak suretiyle temin yoluna gitmiş, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshetmiştir. Güvenlik hizmetleri sözleşmesi sonucu oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı yönünde dosyada her hangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Ancak yasaya uygun kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni kabul edilebilirse de, iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin göz önüne alınıp alınmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davacı işçinin hizmet süresi ve işletmenin büyüklüğü dikkate alındığında davacının işletme içinde başka bir işte değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Şayet, sözü edilen ilke de dikkate alınmış ise feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddi gerekir. Yapılacak araştırma sonucunda, feshin son çare olmadığına anlaşılmaması durumunda ise şimdiki gibi davanın kabulüne karar verilmelidir. Bu nedenle, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, uzman bilirkişi aracılığı ile yukarıda belirtilen hususlar yönünden araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

Yargıtay 9. HD.sinin 26.9.2005 tarihli bir kararında feshin son çare olması ilkesi uyarınca, fesihle önce alınması gündeme gelen tedbirlere örnek olarak şu tedbirleri göstermiştir<sup>136</sup>:

<sup>134</sup> Bkz. *Holly, H.G.*, sh.50.

<sup>135</sup> Yarg. 9. HD., 20.3.2006 tarih ve E. 2006/3284, K. 2006/7012.

<sup>136</sup> Yarg. 9. HD., 26.9.2005 tarih ve E. 2005/21938, K.2005/31156

“4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir.

Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihle 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 işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır”(ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”.

Alman Doktrini ve içtihatlarında sosyal yönden daha güçlü olanın iş sözleşmesinin sosyal yönden daha zayıf olanın iş ilişkisine oranla öncelikle feshedilmesini meşru zemine oturtmak için de ultima-ratio prensibine dayanılmaktadır<sup>137</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, yukarıda da söylendiği üzere, işçinin davranışından veya yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeninin mevcut olmaması halinde, baskı feshini, işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedenleri arasında görmektedir. İşverenin işyerinde çalışan diğer personelin veya işverenin müşterilerinin ya da sendikanın belirli bir işçinin iş sözleşmesine son verilmesi yönündeki baskıları karşısında işveren, ultima-ratio ilkesi gereği, objektif açıdan haksız baskılara karşı koymak ve iş ilişkisinin sona erdirilmesi dışında başka bir suretle üzerindeki baskıyı ortadan kaldırmak için elinden gelebilecek her şeyi yapmak zorundadır<sup>138</sup>.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

*Alp, M.*: Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Aktinin Feshinde Uygulanması, Yasa Hukuk İchtihat ve Mevzuat Dergisi 1999

*Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.*, §1 KSchG Rdnr. 638

<sup>137</sup> BAG, 20.2.1986, NZA 1986, sh.824; *Kempff, G.*, DB 1981, sh.1401; *Holly, H.G.*, sh.51.

<sup>138</sup> BAG, 19.6.1986, NZA 1987, sh.22; BAG, 10.10.1957, AP §626 BGB, Nr. 1.

- Ascheid, R.:** Erfurter Kommentar, §1 KSchG Rdnr. 295,
- Atay, E.:** İdare Hukuku, Ankara 2006,
- Auffermann, P.:** Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Diss. Würzburg 1975,
- Berkowsky, W.:** Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl., München 2005,
- Berkowsky, W.:** Die verhaltensbedingte Kündigung, Teil I, NZA-RR 2001
- Blomeyer, W.:** Das Übermaßverbot im Betriebsverfassungsrecht, Festschrift, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, Hrsg. V. Gamillscheg/Hueck/Wiedemann, München 1979
- Bock, M.:** Rechtsprobleme der Abmahnung, ArbuR 1987,
- Boewer, D.:** Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996,
- Canaris, C.W.:** Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 1979
- Centel, T.:** Feshin Geçerli Neden Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, Mercek Nisan 2003
- Çelik, N.:** İş Hukuku Dersleri, 19.B., İstanbul 2006
- Demir, F.:** En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005,
- Ekonomi, M.:** Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İstanbul 2005, Yayın NO.: TÜSİAD-T/2005-03/390
- Falkenberg, R.-D.:** Die Abmahnung, NZA 1988,
- Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G.,** HaKo, §1 KSchG Rz.144
- Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G.,** HaKo, §1 KSchG Rz.284-285
- Galperin, H.:** Der wichtige Grund zur ausserordentlichen Kündigung, DB 1964

- Gaul, B.:** Änderungskündigung zur Absenkung oder Flexibilisierung von Arbeitszeit und/oder Arbeitsentgelt, DB 1998
- Gözler, K.:** İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003,
- Güzel, A.:** İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005
- Hillebrecht, L.:** Die betriebsbedingte Kündigung, VAA,
- Hinze, P.:** Mildere Mittel zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, Hannover 2001
- Holly, H.G.:** Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-Ratio-Prinzip im arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht, Bonn 1989
- Hueck, A./Nipperdey, H.C.:** Arbeitsrecht, Bd. I, 7. Aufl., Berlin-Frankfurt 1963
- Hueck, A.:** Das Recht der OHG, 4. Aufl., München 1971
- Jacobs, M.Ch.:** Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, DVBl 1985
- Kandemir, M.:** İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, SBArD 2005, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan,
- Kassen, D.:** Die Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung gemäss §1 Abs.2 Sätze 2 und 3 KSchG als Alternativen zur Beendigungskündigung, Bochum Univ. Diss. 2000
- Keller, U.:** Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, NZA 1988
- Kempff, G.:** Verhältnis von Kündigung und Änderungskündigung, DB 1978,
- Kittner, M./Däubler, W./Zwanziger, B.,** Kündigungsschutzrecht, §1 KSchG. Rdnr. 50,
- Löwisch, M.,** ZfA 1971
- Löwisch, M./Spinner, G.,** §1 KSchG Rdnr. 189
- Meisel, P.G.:** Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, DB 1981

- Metin, Y.:** Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002
- Metzner, R.:** Das Verbot der Unverhältnismässigkeit im Privatrecht, Diss. Erlagen-Nürnberg 1970
- Molitor, E.:** Kündigung, 2. Aufl., Mahnheim 1951
- Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J.,** Handbuch zumKündigungsrecht, Köln 2005
- Nikisch, A.:** Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961
- Oberrat, A./Kohlepp, C.:** Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ultima-ratio Prinzip im Kündigungsgrecht – Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung, RdA 2000
- Oğurlu, Y.:** Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002
- Preis, U.,** Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, eine Untersuchung zum Recht des materiellen Kündigungsgsschutzes, insbesondere zur Theorie der Kündigungsgründe, München 1987
- Reuter, D.:** Reichweite und Grenzen der Legitimität des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen, Ordo 1982
- Sağlam, F.:** Temel Hakların Sınırlaması ve Özü, Ankara 1982
- Schaub, G.:** Die arbeitsrechtliche Abmahnung, NJW 1990
- Schwerdtner, P.:** Offene Probleme des Kündigungsgsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen, ZIP 1984
- Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R.,** Kündigung und Kündigungsgschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., München 2002
- Stahlhacke, E.:** Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994
- Süzek, S.** İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006
- v.Hoyningen-Huene, G./Linck, R.** Betriebsbedingte Kündigung und Weiterbeschäftigungspflicht, DB 1993

**von Finckenstein, B.** Freie Unternehmerentscheidung und dringende betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung, Berlin 2005

**von Hoyningen-Huene, G.**: Die Abmahnung im Arbeitsrecht, RdA 1990,

**Wank, R.**: Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987,

*Yargıtay Kararları*

*Alman Federal Mahkemesi Kararları*