

## YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2011/7034  
Karar No. 2011/2595  
Tarihi: 14.02.2011

İlgili Kanun / Madde  
4857 S.İşK/18-21  
2822 S.TSGLK/5

- **ALT İŞVERENE YASAYA UYGUN İŞ VERİLMESİNİN GEÇERLİ NEDEN OLMASI**
- **İŞVERENİN GEÇERLİ NEDENLE FESİH HAKKININ TİS HÜKÜMLERİYLE TÜRÜMLE OORTADAN KALDIRILAMAYACAGI**
- **FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİNİN GÖZETİLMESİNİN GEREKMEMESİ**
- 
- 

**ÖZETİ** İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işyerinde yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesinin 8/B maddesinde "sendika üyesi personelin çalıştığı işyerinin kısmen veya tamamen kapanması halinde veya işyerinin başka bir işverene devredilmesi halinde, işveren işçiyi işletmenin başka işyeri veya bölümlerinde istihdam eder..." kuralına yer verilmişse de, söz konusu kuralın işverenin geçerli nedenle fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması Anayasamın girişim özgürlüğünü düzenleyen 48.maddesine uygun düşmez. Toplu İş Sözleşmesinin sözü edilen hükmü işverenin işçiyi işletmenin diğer işyeri veya bölümlerinde istihdam edebilme imkânı ile sınırlı olarak geçerli olması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.

İşin alt işverene verilmesi kural olarak fesih için geçerli neden ise de, feshin son çare olması ilkesi ve Toplu İş Sözleşmesinin anılan hükmü kapsamında işçinin başka işyeri veya bölümlerde değerlendirilme imkânının olup olmadığı araştırılmalıdır. İşçinin başka bir işyeri veya bölümde değerlendirme imkânı yoksa feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, davacının işverenin başka işyeri veya bölümlerinde değerlendirme imkânının olup olmadığı, fesihten soma davacının yapabileceği işler için aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılarak tüm dosya içeriği ile birlikte yapılacak değerlendirme sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir

DAVA

:Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S.Göktaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili; müvekkilinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini, işverenin işten çıkartma gerekçesinin gerçeği yansıtmadığını, feshin Toplu İş Sözleşmesinin 8.maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili müvekkilinin davacının çalıştığı yer hizmetleri faaliyetlerini sahip olduğu ruhsata binaen kendisinin gördüğünü, bu suretle davacıya istihdam etmekte iken ortaklığın tüm dünyada olduğu üzere hava yolu taşımacısının küresel rekabet gücünü artırmak amacı ile yer hizmetlerini sivil havacılık mevzuatına uygun olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren bir yer hizmeti firmasından almaya karar verdiğini, buna ilişkin işletimsel karar aldığını, bu karar sonucunda istihdam fazlalığı oluştuğunu, feshin son çare olması ilkesi gereğince bir kısım personelin diğer departmanlarda görevlendirdiğini, ancak davacının şirketin başka ünitesinde görevlendirilme olanağının bulunmaması sebebi ile iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğini, kıdem ve ihbar tazminatlarının ödendiğini, davarım reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının üyesi bulunduğu Hava İş Sendikası ile davalı şirket arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesinin 8/B maddesi gereğince işyerinin kısmen veya tamamen kapanması halinde veya işyerinin başka bir işverene devredilmesi halinde, işverenin, işçiyi işletmenin başka işyeri veya bölümlerinde istihdam etmesi gerektiği, sözü edilen düzenlemenin işverene takdir hakkı vermediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik deneti-mine tabi tutulamaz, işverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanununun 20/2 maddesinde açıkça feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir, işveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür, işçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel karar aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu karar tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel karar uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararın, sürekli ve kalıcı şekilde uygulanmalıdır, işveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfî davranmamalı, işletmesel karar alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfî davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır(Dairemizin 24.11.2008, 2008/40264 - 2008/31891 sayılı kararı). Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanununun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa ölçütlerine yer verilmiştir. Bu ölçütler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanun'da yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olduğundan iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlığını taşıyan 48.maddesine göre "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır".

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 5.maddesinde "Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz" kuralına yer verilmiştir.

Somut olayda davacının davalı Türk Hava Yolları A.O.'na ait yer hizmetlerinde çalışmakta iken, davalı işverence yer hizmetlerinin bu konuda uzman bir firmadan alınmasına karar verildiği ve bu çerçevede dava dışı TGS Yer Hizmetleri A.Ş. ile 5 yıllık bir sözleşme yapıldıktan sonra davacının iş sözleşmesinin "yer işletme hizmetlerinin TGS firmasına devredilmesine bağlı olarak gerçekleştirilen

yeniden yapılanma sonucunda ortaya çıkan istihdam fazlalığı nedeniyle organizasyon ihtiyacına uygun başka bir birimde görevlendirilme olanağınız da bulunmadığı" gerekçesi ile tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Davalı kuruluş, yer hizmetlerinin alt işverene verilmesi üzerine 846 işçiden 603'ünün durumları, yapabilecekleri iş ve görevleri değerlendirilerek ayrıca emekliliği hak etmiş olup olmadıkları dikkate alınarak THY'nin başka bölümlerinde istihdam edilmelerinin sağlandığını, 243 kişinin iş sözleşmesinin istihdam fazlalığı nedeniyle feshedildiğini ileri sürmüştür.

Davacı vekili, işin alt işverene verilmesinin muvazaaya dayandığını ileri sürmüştü de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığına ilişkin yeterli delil sunulmamış olup, dosyadaki bilgi ve belgelere göre ilişkinin kanuna uygun ve muvazaaya dayanmadığı anlaşılmaktadır.

İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işyerinde yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesinin 8/B maddesinde "sendika üyesi personelin çalıştığı işyerinin kısmen veya tamamen kapanması halinde veya işyerinin başka bir işverene devredilmesi halinde, işveren işçiyi işletmenin başka işyeri veya bölümlerinde istihdam eder..." kuralına yer verilmişse de, söz konusu kuralın işverenin geçerli nedenle fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması Anayasamın girişim özgürlüğünü düzenleyen 48.maddesine uygun düşmez. Toplu İş Sözleşmesinin sözü edilen hükmü işverenin işçiyi işletmenin diğer işyeri veya bölümlerinde istihdam edebilme imkânı ile sınırlı olarak geçerli olması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.

İşin alt işverene verilmesi kural olarak fesih için geçerli neden ise de, feshin son çare olması ilkesi ve Toplu İş Sözleşmesinin anılan hükmü kapsamında işçinin başka işyeri veya bölümlerde değerlendirilme imkânının olup olmadığı araştırılmalıdır. İşçinin başka bir işyeri veya bölümde değerlendirme imkânı yoksa feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, davacının işverenin başka işyeri veya bölümlerinde değerlendirme imkânının olup olmadığı, fesihten sonra davacının yapabileceği işler için aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılarak tüm dosya içeriği ile birlikte yapılacak değerlendirme sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.