

## YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2010/47220

Karar No. 2011/4183

Tarihi: 21.02.2011

İlgili Kanun / Madde

4857 S.İşK/2,18-21

- **ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN YASAYA UYGUN KURULMUŞ OLMASI**
- **İŞÇİLİK KIDEMİNDE ÖNCEKİ ALT İŞVERENLER YANINDA GEÇİRİLEN SÜRENİN DİKKATE ALINACAGI**
- **FESHİN YAZILI YAPILMAMASI**
- **GEÇERSİZ FESİH**
- 
- 

**ÖZETİ** kanuni düzenlemeler gereği belediyenin kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, meslek ve beceri kazandırma görev ve sorumlulukları kapsamında bu tür hizmetleri üçüncü şahıslara yaptırması mümkündür. Davalılar arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda işe iade hükmünün sadece alt işveren aleyhine kurulması gerekir.

Davalı şirketçe temyiz dilekçesinde davacının kıdeminin 6 aydan az olduğu ileri sürülmüşse de davacının daha önce de aynı işyerinde yine alt işveren işçisi olarak çalıştığı ve ihalenin davalı şirketçe kazanılması üzerine ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Buna göre işyeri devri söz konusu olduğundan önceki alt işveren nezdinde geçen çalışma süresi de dikkate alındığında kıdeminin 6 aydan fazla olduğu kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş olması isabetli ise de davacının hangi davalı işyerine işe iadesine ilişkin hüküm kurulması hatalıdır. Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun olduğundan ve muvazaaya da dayanmadığından davacının gerçek işvereni olan davalı şirkete ait işyerine iadesine karar verilmesi gerekir

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

Davacı vekili müvekkilinin Sarıyer Belediyesine ait Bilişim Genç Evleri işyerinde eğitimci unvanı ile davalılardan Aksiyoner Eğitim. Danışm. Organ. San. Ltd. Şti.'nin işçisi olarak Sarıyer Belediyesinde çalıştığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı Belediye vekili davacının davalı şirketin personeli olarak çalıştığını, yeni ihalenin başka bir firma tarafından kazanıldığını, davacı ile aralarında iş sözleşmesi bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı Aksiyoner Eğitim Dan.Org. San. Ltd Şirketine usulüne uygun davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmalara katılmamış ve yazılı bir cevap da vermemiştir.

Mahkemece iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildiği sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. 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 denetimine 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 Kanunu'nun 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 ka-nıtlamakla 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 kararı 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 kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp

davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı 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 kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren 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 olmadığı değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetimi 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, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genci ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine göre 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 gün ve 40264-31891 sayılı kararı). Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 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 kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, 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 Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda 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 öge, "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.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Belediyenin Görev ve Sorumlulukları" başlığını taşıyan maddesinin a bendinde "imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafî ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve

yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır" kuralına yer verilmiştir.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeleri asıl işlerini de 6.fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükme göre "belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir". Böylece 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerek-tiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine istisna getirilmiştir. Ancak, söz konusu hüküm, alt işverene devir nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için feshin son çare olması gibi iş güvencesi hukukunun genel ilkelerine uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Keza. Belediyeler Kanunu'nun 67'nci maddesi uyarınca bir işin belediye tarafın-dan alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır(Dairemizin 21.04.2008 gün ve 13500-9243 sayılı kararı).

Somut olayda davalı belediyece yapılan ihale sonucunda Bilişim Gençlik Evi Kütüphanesinin İşletilmesi işi davalı şirkete verilmiş, davacı davalı şirketin işçisi olarak bu işte çalışmakta iken, iş sözleşmesi yazılı bir fesih bildiriminden sonra feshedilmiştir.

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemeler gereği belediyenin kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, meslek ve beceri kazandırma görev ve sorumlulukları kapsamında bu tür hizmetleri üçüncü şahıslara yaptırması mümkündür. Davalılar arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda işe iade hükmünün sadece alt işveren aleyhine kurulması gerekir.

Davalı şirketçe temyiz dilekçesinde davacının kıdeminin 6 aydan az olduğu ileri sürülmüşse de davacının daha önce de aynı işyerinde yine alt işveren işçisi olarak çalıştığı ve ihalenin davalı şirketçe kazanılması üzerine ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Buna göre işyeri devri söz konusu olduğundan önceki alt işveren nezdinde geçen çalışma süresi de dikkate alındığında kıdeminin 6 aydan fazla olduğu kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş olması isabetli ise de davacının hangi davalı işyerine işe iadesine ilişkin hüküm kurulması hatalıdır. Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun olduğundan ve muvazaaya da dayanmadığından davacının gerçek işvereni olan davalı şirkete ait işyerine iadesine karar verilmesi gerekir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

HUKUM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-)Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2-)İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının davalı Aksiyoner Eğitim. Danışm. Organ. San. Ltd. Şti.ne ait işyerindeki işine iadesine.

3-)Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine.

4-)Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alaktan mahsubuna,

5-)Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-)Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 1.100.TL vekâlet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine,

7-)Davacı tarafından yapılan ( 316.20 ) TL yargılama giderinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8-)Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, birliğiyle 21.2.2011 tarihinde karar verildi.