

YARGITAY

22.HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2013/1920

Karar No. 2013/2980

Tarihi: 14.02.2013

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/2

- **ALT İŞVERENE İŞLERİN VERİLMESİ GEÇERLİ NEDEN**
- **ALT İŞVERENE VERİLDİKTEN SONRA KEYFİLİK VE ÖLÇÜLÜK DENETİMİNİN YAPILMASININ GEREKMESİ**

ÖZETİ İşin alt işverene verilmesi kural olarak fesih için geçerli neden ise de, feshin son çare olması ilkesi kapsamında, gaz açım işinin yüklenici firmaya verilmesi ile istihdam fazlalığı oluşup oluşmadığı, davacı işçinin davalı işverenin başka işyeri veya bölümlerinde değerlendirilme imkânının olup olmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca davalı işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme 4857 sayılı Kanun'un 2/6 maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmelidir. Davalı işverenin yüklenici firmaya vermiş olduğu işin alt işverene verilebilecek işlerden olduğu anlaşıldığı takdirde bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı kabul edilmeli ve bu kez tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı ve bu karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması hatalı olup bu husus bozmayı gerektirmiştir

DAVA

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

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi C. Ceylan Baltalı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı taraf, davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini, fesih bildiriminde açık ve kesin bir fesih sebebi gösterilmediğini, işverenin asli görevlerini yüklenici firmalara devredemeyeceğini, işverenin işten çıkartma gerekçesinin gerçeği yansıtmadığını, ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı taraf, davalı şirketin almış olduğu işletmesel karar doğrultusunda davacının görev ifa ettiği “iç tesisat gaz açım” işinin yükleniciye ihale olmasından dolayı davacının hizmetine ihtiyaç

kalmadığını, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı işverenin almış olduğu kararda tutarlı davranmadığı, fesih sonrasında davacının çalışabileceği nitelikte kadrolara işçi alımı yapıldığı, iş sözleşmesi feshinde tarafları bağlayan bir kriterin bulunmadığı, davalı işverenin iş sözleşmesi feshi işleminde iyiniyetli hareket etmediği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı, dolayısıyla gerçekleştirilen feshin geçersiz olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

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 belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı 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. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı Kanun'un 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren 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.

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.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 sayılı Kanun'un 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. 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.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'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 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 olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Somut olayda davacının davalı İzgaz İzmit Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş.'ye ait işyerinde tesisat kontrol teknik personeli olarak çalışmakta iken, davalı işverence "tüm konut ve ticari tüketimli tesislerin iç tesisat projelerinin kontrolü, tadilat projelerinin kontrolü, tesisatların kontrolleri, gaz açma işlemleri, tadilat için gaz boşaltma işlemleri, tadilat sonrası tesisat control ve gaz açma işlemleri cihaz değişikliği veya cihaz montajı gerektiren iç tesisatlarının kontrol edilmesi" işlemleri alt işverene verilmesine karar verildiği ve davacının iş sözleşmesinin görev ifa ettiği iç tesisat gaz açım işinin yükleniciye ihale olması nedeniyle şirkettetik hizmetine ihtiyaç kalmadığı" 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.

İşin alt işverene verilmesi kural olarak fesih için geçerli neden ise de, feshin son çare olması ilkesi kapsamında, gaz açım işinin yüklenici firmaya verilmesi ile istihdam fazlalığı oluşup oluşmadığı, davacı işçinin davalı işverenin başka işyeri veya bölümlerinde değerlendirilme imkânının olup olmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca davalı işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme 4857 sayılı Kanun'un 2/6 maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilemeyeceği değerlendirilmelidir. Davalı işverenin yüklenici firmaya vermiş olduğu işin alt işverene verilebilecek işlerden olduğu anlaşıldığı takdirde bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı kabul edilmeli ve bu kez tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve bu karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması hatalı olup bu husus bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.02.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.