

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2018/33
Karar No.	2018/2381
Tarihi:	08.02.2018

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK. /18-21

- **İŞLETMESEL NEDENLERLE FESİHTE YARGISAL DENETİM**
- **ASIL İŞVERENİN İHALEYİ SONA ERDİRMESİ NEDENİYLE ALT İŞVEREN AÇISINDAN İSTİHDAM FAZLALIĞININ DOĞMASI**
- **İHALE ALAN YENİ ALT İŞVERENLE FESHİ GERÇEKLEŞTİREN ALT İŞVEREN ARASINDA ORGANİK BAĞIN BULUNMAMASI**
- **FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİ AÇISINDAN İŞLETMESEL KARARIN DENETLENMESİNİN GEREKMESİ**

ÖZETİ Feshin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, 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.

Somut olayda, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin davalı asıl işveren ASKİ tarafından feshedilmesi sebebiyle diğer davalı alt işverence feshedilmiştir. Davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik işveren kararı işletmesel karar niteliğinde olup yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere yerindelik

denetimine tabi değildir. Dosya içeriğine göre davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona ermesinden sonra aynı işyerinde ihaleyi kazanan firma ile davalı alt işveren arasında herhangi bir organik bağın varlığı iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdirilmesi nedeniyle davalı alt işveren şirketinde istihdam fazlalığının ortaya çıkması kaçınılmaz olup yargısal denetimin sadece feshin son çare olması ilkesi kapsamında yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdiği tarihte davalı alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı ve davacının bu işyerlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığının belirlenmesi söz konusu ilkenin uygulanması noktasında önem arz etmektedir. Mahkemece bu yönde gerekli inceleme ve araştırma yapılmaksızın eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

MAHKEMESİ :İş Mahkemesi
DAVA TÜRÜ : İŞE İADE

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi C. Sarı İyisan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmaksızın feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları ile işe başlatmama tazminatına dair karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ASKİ Genel Müdürlüğü vekili; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Çam Güvenlik Hizmetleri A.Ş. vekili; diğer davalı ASKİ Genel Müdürlüğü tarafından sözleşme süresinin bitiminden önce feshedilmesi sebebiyle, feshin son çare olması ilkesi de gözönünde bulundurularak davacının iş akdinin haklı ve geçerli sebeple süresinde yazılı fesih bildirimi ile feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesi tarafından, davalı alt işverene ait iş yerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin geçerli sebebe dayanarak feshedildiğinin işveren tarafından ispatlanamamış olduğu kanaatiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davalılar vekilleri istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince, davalıların istinaf başvurusunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu:

Kararı, davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimini yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse aynı Kanunu'nun 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir.

İş Kanunu'nun "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığını taşıyan 25. maddesinin son fıkrasına göre işverenin haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildiriminin yazılı yapılması koşulu aranmaz.

Somut olayda, davalı tarafça, davacıya iş sözleşmesinin feshinin yazılı fesih bildirimi ile tebliğ edildiği ancak davacı tarafından fesih bildirimini tebliğ almaktan imtina edildiği savunulmuş buna dair de dosya içerisine tanık imzaları içeren tutanak sunulmuştur. Davalı tarafa tanıklarının bildirmek üzere usulüne uygun süre verilmeli, tanık olarak tutanak tanıkları bildirildiği taktirde, tanıkların beyanına başvurulup fesih bildiriminin tebliğ edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Fesih bildiriminin tebliğ edildiği ispatlanamaz ise yazılı fesih bildirimi bulunmamasının feshi geçersiz hale getireceği dikkate alınmalı, şayet fesih bildiriminin tebliğ edildiği ispat edilir ise feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında aşağıdaki bentte yer alan araştırmalar yapılarak sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm tesisi hatalı olup bozma sebebidir.

2-Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, kanuni dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleridir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya 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. maddesinin 2. fıkrasında feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken feshin biçimsel koşullarına uyduğunu içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli veya haklı nedene dayandığını kanıtlamalıdır. 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 gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, 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.

Somut olayda, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin davalı asıl işveren ASKİ tarafından feshedilmesi sebebiyle diğer davalı alt işverence feshedilmiştir. Davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik işveren kararı işletmesel karar niteliğinde olup yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere yerindelik denetimine tabi değildir. Dosya içeriğine göre davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona ermesinden sonra aynı işyerinde ihaleyi kazanan firma ile davalı alt işveren arasında herhangi bir organik bağın varlığı iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdirilmesi nedeniyle davalı alt işveren şirketinde istihdam fazlalığının ortaya çıkması kaçınılmaz olup yargısal denetimin sadece feshin son çare olması ilkesi kapsamında yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona erdiği tarihte davalı alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı ve davacının bu işyerlerinde değerlendirilme imkanının bulunup bulunmadığının belirlenmesi söz konusu ilkenin uygulanması noktasında önem arz etmektedir. Mahkemece bu yönde gerekli inceleme ve araştırma yapılmaksızın eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

Yapılacak iş, davalı şirketin fesih tarihinde davacıyı çalıştırabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı, bu işyerlerine fesih tarihinden kısa bir süre önce ve sonra davacı ile aynı vasıflarda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılarak, davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı yok ise davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona ermesine ilişkin bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağı kabul edilerek davanın reddine, var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir.

Sonuç:

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgililere iadesine, 08/02/2018 tarihinde oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.