

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2013/9591
Karar No. 2014/4491
Tarihi: 13.02.2014

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/18-21
6356 S. TSK. /25

- **SENDİKAL FESİH İDDASININ ARAŞTIRILMASININ GEREKMESİ**
- **GEÇERLİ FESHİ KANIT YÜKÜNÜN İŞVERENDE OLMASI**
- **YÖNETİM HAKKININ KÖTÜYE KULLANILAMAMASI**
- **KAPTAMANIN GERÇEK OLMASININ GEREKMESİ**
-

ÖZETİ Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut olayda davacı iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini, hem asıl işveren hem de muvazaalı ilişkide olan alt işverenin işçilerin sendikaya üye olduklarını öğrenince baskı yapılmaya başlandığını bu baskılar sonucunda önce başka bir işçinin sendikadan istifa ettiğini, 2011 yılında sendikal nedenlerle fesihler yapıp bunlarla ilgili yargılamalar yapıldığını belirterek işe iade kararı verilmesi halinde belirlenecek işe başlatmama tazminatının fesih tarihinde yürürlükte olan 2821 Sayılı Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Ancak mahkemece feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı konusunda hiçbir araştırma yapılmamış olup karar gerekçesinde dahi bu talebin neden kabul edilmediği konusunda bir açıklama yapılmamıştır.

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. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 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.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle 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. İşçinin 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

İşyerinin kapatılmış olması veya faaliyetin durdurulmasının, işyerinin gereğinden kaynaklanan geçerli bir sebep olduğu açıktır. Ancak, geçerli fesih nedeni yapılan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulmasının gerçek ve sürekli olması gerekir. Başka bir anlatımla, işyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması muvazaalı veya geçici nitelikte ise buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemez. Gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması, işverenin başka bir işyeri yoksa veya başka bir işyerinde değerlendirme imkânı bulunmuyorsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmelidir. Yargılama sırasında sunulan davalının internet sitesi çıktısında Savranoğlu Deri isimli şirketle ilgili bilgiler yer almaktadır. Davalı tarafından da işyeri kapandıktan sonra işyerinin bir kısmında bu şirketin üretim yaptığı belirtilmektedir.

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

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi E.Sevgi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini, hem asıl işveren hem de muvazaalı ilişkide olan alt işverenin işçilerin sendikaya üye olduklarını öğrenince baskı yapmaya başladığını bu baskılar sonucunda önce başka bir işçinin sendikadan istifa ettiğini, 2011 yılında sendikal nedenlerle fesihler yapıp bunlarla ilgili yargılamalar yapıldığını belirterek işe iade kararı verilmesi halinde belirlenecek işe başlatmama tazminatının fesih tarihinde yürürlükte olan 2821 Sayılı Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının davalı şirket adına fason üretim yapan Özalp Atık Şti. adına çalıştığını, davalı şirket ile davacının çalıştığı Özalp Ltd. Şti. arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu tespit edildiğini, muvazaalı alt işverenlik tespitine ilişkin itiraz davasında bilirkişinin işverene ait işyerinde fason üretim yapılamayacağına dair hukuk dışı bir görüş bildirdiğini, bunun üzerine davalı şirketin sahibi olduğu gayrimenkulü farklı bir işkolunda faaliyet gösteren bir firmaya kiraya vermeye ve fason bile olsa deri üretimi yaptırmamaya karar verdiğini, bu kararın Özalp Atık Şti.'ne bildirildiğini, Özalp Şti.'nin 18.05.2012 tarihli bildirimle davacıya işyerinin kapanacağını, yeni bir işven ve iş olanağı bulunmadığını, tazminatlarının ödeneceğini bildirdiğini, davacının fesih yazısını almaktan imtina ettiğini, fason üretim yapan şirketin kapanması sebebiyle sadece davacının değil işçilerin tamamı ile üretimi kontrol etmekle yükümlü olan ve

davalı şirket için çalışan işçilerin de iş sözleşmelerinin feshedildiğini, fesihlerin sendika üyesi olunmasıyla ilgisi olmadığını, davalı şirkette çalışan işçi sayısının 30'un altında olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalının iş gücü fazlalığını açık bir şekilde ispatlamadan işçi çıkardığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, dört aylık boşta geçen süre alacağının davalıdan tahsilinin gerektiğine ve işe başlatmama tazminatının dört ay olarak belirlenmesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Sendikal tazminat fesih tarihinde yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. Sözü edilen maddenin üçüncü fıkrasında ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı getirilmiştir. Konuya dair bir başka güvence bahsi geçen maddenin beşinci fıkrasında öngörülmüş, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, yine yasaya uygun sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılamayacakları ya da farklı uygulamaya tabi tutulamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşverenin 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarına aykırı davranması halinde, işçinin bir yıldan az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı hususu da Yasada ifadesini bulmuştur.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesinde 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde, doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış, 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

4773 sayılı Yasa ile sözü edilen maddeye eklenen yedinci fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikal olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut olayda davacı iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini, hem asıl işveren hem de muvazaalı ilişkide olan alt işverenin işçilerin sendikaya üye olduklarını öğrenince baskı yapılmaya başlandığını bu baskılar sonucunda önce başka bir işçinin sendikadan istifa ettiğini, 2011 yılında sendikal nedenlerle fesihler yapıp bunlarla ilgili yargılamalar yapıldığını belirterek işe iade kararı verilmesi halinde belirlenecek işe başlatmama tazminatının fesih tarihinde yürürlükte olan 2821 Sayılı Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Ancak mahkemece feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı konusunda hiçbir araştırma yapılmamış olup karar gerekçesinde dahi bu talebin neden kabul edilmediği konusunda bir açıklama yapılmamıştır.

Buna göre yukarıdaki anlatılan ilkeler de gözetilerek fesih tarihinde davacının sendika üyesi olup olmadığı, işvereni olarak görünen Özalp Atık Dönüşüm İnş. Tic. Ltd. şirketinde çalışan kaç sendikal işçi olduğu yine davacının gerçek işvereni olduğu anlaşılan Kampana Deri ve Kösele Tic. A.Ş. şirketinde sendikal çalışan olup olmadığı sendikal işçiler varsa sayısı, bunlardan kaçının iş sözleşmesinin feshedildiği, sendikadan istifa edip çalışmaya devam eden işçi olup olmadığı, yetki prosedürünün işletilip işletilmediği konusunda sonuca ulaştıracak bir araştırma yapılarak karar verilmesi gerekirken eksik araştırmayla karar verilmesi hatalıdır.

2- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından sözedilmemiştir. 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 dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, “gizli, örtülü” işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu’nun 18’nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu’nun 18’nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir.

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. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arzeder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durum-larda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu’nun 18’nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı(kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebinin, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetimsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağına karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun artırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management’in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme

içi sebep olarak nitelen-dirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizas-yona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

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 İş Kanunu'nun 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 feshle 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 delillerle 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. İşçinin 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 işgörmeye 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. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

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 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, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Somut olayda davacının iş sözleşmesi işyerinin kapatılması gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Davalı da cevap dilekçesinde Kartal 1. İş Mahkemesi'nin 2011/1045 Esas sayılı dosyasında görülen asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine yönelik davada aldırılan bilirkişi raporu sonucunda şirketin gayrimenkulü farklı bir iş kolunda faaliyet gösteren bir firmaya kiraya vermeye ve artık üretim yapmamaya karar verdiğini, davacının iş sözleşmesinin işyerinin kapanacağı gerekçesiyle geçerli nedenle feshedildiğini savunmuştur.

Davacı ise işyeri kapanma gerekçesinin doğru olmadığını, ticaret kayıtlarından da bu hususun anlaşıldığını, şirketin internet sitesinde Kampana ve Savranoğlu isimli iki firmanın yazılı olduğunu, davalı şirketin sendikal faaliyetin önüne geçmek için işyerini sözde kapattığını, oysa davalı şirketin adresinde üretime devam edildiğini belirtmektedir.

İşyerinin kapatılmış olması veya faaliyetin durdurulmasının, işyerinin gereğinden kaynaklanan geçerli bir sebep olduğu açıktır. Ancak, geçerli fesih nedeni yapılan işyeri kapatılması veya faaliyetin

durdurulmasının gerçek ve sürekli olması gerekir. Başka bir anlatımla, işyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması muvazaalı veya geçici nitelikte ise buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemez. Gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması, işverenin başka bir işyeri yoksa veya başka bir işyerinde değerlendirme imkânı bulunmuyorsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmelidir. Yargılama sırasında sunulan davalının internet sitesi çıktısında Savranoğlu Deri isimli şirketle ilgili bilgiler yer almaktadır. Davalı tarafından da işyeri kapandıktan sonra işyerinin bir kısmında bu şirketin üretim yaptığı belirtilmektedir.

Mahkemece endüstri mühendisi bilirkişiden rapor alınarak sonuca gidilmişse de söz konusu bilirkişi raporu uyumsuzluğu gidermeye yeterli değildir. Buna göre SGK'dan davalı şirketin ve dava dışı Savranoğlu Deri şirketinin tüm işyerlerine ilişkin fesih öncesi ve sonrası altışar aylık dönem SGK bildirgeleri getirtilmeli, mali müşavir, hukukçu ve insan kaynakları uzmanlarından oluşan üçlü bilirkişi heyetiyle kapandığı belirtilen işyerinde keşif yapıp kapatma işleminin muvazaalı olup olmadığı, gerçek bir işyeri kapatılmasının bulunup bulunmadığı konusunda araştırma yapılarak sonuca gidilmesi gerekirken eksik araştırmaya dayalı olarak karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.