

## YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	<b>2015/19830</b>
Karar No.	<b>2015/27185</b>
Tarihi:	<b>05.10.2015</b>

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İŞK/18-21

- ***İŞTEN ÇIKARTILACAK İŞÇİLERİN SEÇİMİ KONUSUNDA İŞVERENİN KENDİ KOYDUĞU KRİTERLERE AYKIRI DAVRANMASININ FESHİ GEÇERSİZ KILACAĞI***

• **ÖZETİ** Dosya içerisinde yer alan ve davalı işyerinde uygulanan TİS'ne taraf sendika yetkilileri ile işveren arasında düzenlenen 24.12.2013 tarihli tutanakta “..gönüllü çıkacak işçi sayısı yeterli olmadığı takdirde mümkün olduğunca son giren ilk çıkar çerçevesinde hareket edilerek çıkacak işçi sayısının 40 kişiye tamamlanması..” kararlaştırılmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere fesihten 5 ay önce işyerine işçi alımları yapılmış olup, söz konusu işçiler halen davalı işyerinde çalıştıkları gibi davacıdan daha az kıdeme sahip olmalarına karşın işyerinde çalışan işçiler de bulunmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere işten çıkarılacak işçiler yönünden yasanın öngördüğü bir seçim kriteri olmamasına karşın, işveren işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter belirlemiş ise buna uygun davranmak zorundadır. Somut olayda davalı işverenin, 24.12.2013 tarihli tutanaktaki seçim kriterine uygun hareket etmediği ve bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığı gözetilmeksizin; davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır.

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

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili; müvekkilinin iş akdinin 30.12.2013 tarihinde geçerli bir sebep olmaksızın 40 işçi ile birlikte feshedildiğini ileri sürerek; feshin geçersizliğinin tespiti ile müvekkilinin işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; müvekkili şirketin mali yönden zararda olduğunu, işletmenin devamlılığı açısından faaliyet giderlerinin azaltılması nedeni ile yeniden yapılanmaya ihtiyaç duyulduğunu ve bu çerçevede davacının iş akdinin geçerli nedene dayalı olarak feshedildiğini savunmuş ve davanın reddine karar verilmesi istemiştir.

Mahkemece, davalının istihdam azaltılmasını gerektirir ekonomik durum içerisinde bulunduğu, davalının fesih ihbarı içerisinde işçi alımı yapmadığı, fesihten 5 ay kadar önce işçi alımı yapılmış ise de bu işçilerin işletmesel karardan makul süre öncesinde alındıkları ve işten çıkarılan işçilerin yerlerine alındıkları şeklinde değerlendirilemeyecekleri, davacının fesih tarihi itibari ile çalışabileceği boş bir kadronun bulunmadığı, davacının fesih tarihi itibari ile iş gücü fazlalığı oluşturduğu, davalının işten çıkarılacaklar için belirlemiş olduğu seçim kriterine uyduğu gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

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

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 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 iş görme 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 somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

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.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır.

İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Dosya içerisinde yer alan ve davalı işyerinde uygulanan TİS'ne taraf sendika yetkilileri ile işveren arasında düzenlenen 24.12.2013 tarihli tutanakta “..gönüllü çıkacak işçi sayısı yeterli olmadığı takdirde mümkün olduğunca son giren ilk çıkar çerçevesinde hareket edilerek çıkacak işçi sayısının 40 kişiye tamamlanması..” kararlaştırılmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere fesihden 5 ay önce işyerine işçi alımları yapılmış olup, söz konusu işçiler halen davalı işyerinde çalıştıkları gibi davacıdan daha az kıdeme sahip olmalarına karşın işyerinde çalışan işçiler de bulunmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere işten çıkarılacak işçiler yönünden yasanın öngördüğü bir seçim kriteri olmamasına karşın, işveren işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter belirlemiş ise buna uygun davranmak zorundadır. Somut olayda davalı işverenin, 24.12.2013 tarihli tutanaktaki seçim kriterine uygun hareket etmediği ve bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığı gözetilmeksizin; davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasınının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM:

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yaptığı 253.20 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.500 TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak 05/10/2015 tarihinde oybirliđiyle karar verildi.