

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/18-21

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2010/31100
Karar No. 2010/27048
Tarihi: 04.10.2010

- **İŞLETMESEL KARAR**
- **ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN YASAYA UYGUN KURULMASI**
- **YASAYA UYGUN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN İŞYERİNİ YAPILANDIRMA ANLAMINA GELMESİ**
- **FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİNİN GÖZETİLMESİ**

ÖZETİ: Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetlerini satın almak suretiyle temin yoluna gitmeye karar verdiği, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut güvenlik hizmetleri sözleşmesi davalı şirket ile Oyak Savunma ve Güvenlik Sistemleri A.S. arasında yapılmıştır. Kanuna uygun olarak kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Mahkemece güvenlik biriminin başka bir ad altında faaliyetini sürdürdüğü belirtilmişse de, buna ilişkin somut bir veri dosyada bulunmamaktadır. Güvenlik hizmetlerinin alt işveren tarafından yürütülmeye başlanması asıl işverence güvenlik departmanının lağvedilmediği anlamında yorumlanamaz. Mevcut delil durumuna göre kanuna uygun olarak oluşturulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı kanıtlanmamıştır. Bu

durumda feshin son çare olması ilkesinin göz önüne alınıp alınmadığı önem kazanmaktadır. Somut olayda fesihle sosyal seçim kriterlerinin dikkate alınmasını gerektiren yasal veya sözleşmesel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılması gereken iş: işyerinde biri endüstri mühendisi, biri hukukçu ve diğeri muhasebeciden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyerinde keşif yapmak suretiyle belirtilen hususlar yönünden araştırma ve inceleme yapılarak; fesihden önce davacının davalı işveren ait işyeri veya işyerlerinde istihdam edilip edilemeyeceği, fesihden makul bir süre önce ve sonra işyerine davacının değerlendirilebileceği işler için yeni işçi alınıp alınmadığı, kısaca feshin son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermektir ibarettir.

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

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketinden temin edilmesine karar verilmesi nedeni ile davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı şirketçe işletme maliyetlerinin düşürülmek amacı ile güvenlik hizmetlerinin dışarıdan ihale yolu ile karşılanmasına karar verildiği ve bu karar doğrultusunda güvenlik görevi yapan departmanın kapatıldığı, bu birimin lağvedilmesine rağmen başka ad altında faaliyetinin sürdüğü, iş yerinde aynı işlerin yapılmaya devam edildiği, fesih soması aynı işleri yapmak üzere başka işçi transfer edildiği, feshin geçerli nedenle yapıldığının kanıtlanamadığı ve ayrıca sosyal seçim kriterlerine uyulmadığı ve feshin son çare olması ilkesinin ihlal edildiği gerekçesi ile 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 belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. 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 fesih, 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 deneti-mine 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. 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 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 kanıtlamakla 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 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 fesihle 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, işveren 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 kararla 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.

4857 sayılı İş Kanununun 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 kumlan 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 ne-denî olması, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ku-rulması 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' 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 olacaktır.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeleri asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 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 gerektiren 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).

Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetlerini satın almak suretiyle temin yoluna gitmeye karar verdiği, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut güvenlik hizmetleri sözleşmesi davalı şirket ile Oyak Savunma ve Güvenlik Sistemleri A.S. arasında yapılmıştır. Kanuna uygun olarak kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Mahkemece güvenlik biriminin başka bir ad altında faaliyetini sürdürdüğü belirtilmişse de, buna ilişkin somut bir veri dosyada bulunmamaktadır. Güvenlik hizmetlerinin alt işveren tarafından yürütülmeye başlanması asıl işverence güvenlik departmanının

lağvedilmediği anlamında yorumlanamaz. Mevcut delil durumuna göre kanuna uygun olarak oluşturulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı kanıtlanmamıştır. Bu durumda feshin son çare olması ilkesinin göz önüne alınıp alınmadığı önem kazanmaktadır. Somut olayda fesihte sosyal seçim kriterlerinin dikkate alınmasını gerektiren yasal veya sözleşmesel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılması gereken iş: işyerinde biri endüstri mühendisi, biri hukukçu ve diğeri muhasebeciden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyerinde keşif yapmak suretiyle belirtilen hususlar yönünden araştırma ve inceleme yapılarak; fesihten önce davacının davalı işveren ait işyeri veya işyerlerinde istihdam edilip edilemeyeceği, fesihten makul bir süre önce ve sonra işyerine davacının değerlendirilebileceği işler için yeni işçi alınıp alınmadığı, kısaca feshin son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04/10/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.