

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2008/2497
Karar No. 2008/258
Tarihi: 18.02.2008

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İŞK/2,18-21
2821 S.ŞK/31

- ***YARDIMCI İŞLERİN ALT İŞVERENE VERİLMESİ***
- ***ALT İŞVERENE DEVRİN İŞLETMESEL KARAR NİTELİĞİNDE OLMASI***
- ***YARGISAL DENETİM***
- ***SENDİKAL NEDEN İDDASININ ARAŞTIRILMASININ GEREKMESİ***

OZETİ: 4857 sayılı iş Kanunu'nun 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. öncelikle geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirtilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı iş Kanunu'nun 2/6 maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmeli, verilebilecek işlerden ise bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı kabul edilmeli ve bu kez tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve bu karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Karşı delil olarak sendikal neden iddiası ileri sürülüp, işyerinde sendikalı işçiler dışından çıkarılan işçi bulunmadığı belirtildiğinden, feshin yakın tarihlerde davalıya ait aynı işkolundaki tüm işyerlerinde kaç işçinin çalıştığı, bu işçilerden kaçının sendika üyesi olduğu, işten çıkarılanların ne kadarının sendikalı olduğu, çıkarılanlar arasında sendika üyesi olmayan bulunup bulunmadığı, sendika üyeliklerinden istifalar olup olmadığı, sendikadan istifa edenlerin işyerinde çalışıp çalışmadığı, üyelikten istifaların ve sendika üyesi işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin,

Toplu İş Sözleşmesinin uygulanmasını ve yetki başvurusunu etkileyip etkilemediği etraflıca belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin Geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilirken, fesihte sendikal neden olmadığı kabul edilmiştir.

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

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, yükleme, boşaltma ve nakliye işinde çalışan davacının bu hizmetlerin alt işverene verilmesi ve işyerinin başka biriminde değerlendirilme olanağı bulunmaması nedeni ile işletme, işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının çalıştığı bölümün alt işverene verildiği kabul edilmekle birlikte, bu bölümün uzmanlık gerektirmediği ve taşeronu devrini gerektiren zorunluluk bulunmadığı, davacının işyerinin diğer bölümlerinde eğitime tabi tutularak çalıştırılması için işlem yapılmadığı, feshe son çare olarak bakılmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı, davacının sendikal neden iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işçinin 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesine 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 belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. 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. 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 şuurlar 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. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aylan 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 karar 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 karar 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.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel karar 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 karar, 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 balama 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 karar alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 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.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren yardımcı iş niteliğindeki yükleme, boşaltma ve nakliye işinin alt işverene verildiğini, bu işte çalıştırılan ve alt işveren uygulaması ile istihdam fazlası olan davacı gibi işçilerin iş sözleşmesinin feshedildiğini savunmuş, davacı ise iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini karşı delil olarak ileri sürmüş ve işyerinde sendika üyesi işçilerin çıkarıldığını, sendika üyesi işçi kalmadığını belirtmiştir.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda öncelikle geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirtilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmeli, verilebilecek işlerden ise bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı kabul edilmeli ve bu kez tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve bu karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Karşı delil olarak sendikal neden iddiası ileri sürülüp, işyerinde sendikal işçiler dışından çıkarılan işçi bulunmadığı belirtildiğinden, feshin yakın tarihlerde davalıya ait aynı işkolundaki tüm işyerlerinde kaç işçinin çalıştığı, bu işçilerden kaçının sendika üyesi olduğu, işten çıkarılanların ne kadarının sendikal olduğu, çıkarılanlar arasında sendika üyesi olmayan bulunup bulunmadığı, sendika üyeliklerinden istifalar olup olmadığı, sendikadan istifa edenlerin işyerinde çalışıp çalışmadığı, üyelikten istifaların ve sendika üyesi işçilerin iş

sözleşmelerinin feshinin, Toplu İş Sözleşmesinin uygulanmasını ve yetki başvurusunu etkileyip etkilemediği etraflıca belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.