

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/32319
Karar No.	2017/3213
Tarihi:	23.02.2017

<u>İlgili Kanun / Madde</u>
4857 S. İşK. /2, 18-21

- **ALT İŞVEREN SÖZLEŞMESİNİN ASIL İŞYERİ İLE SONA ERMESİ**
- **YENİ ALT İŞVERENİN ESKİ ALT İŞVEREN İŞÇİYLE ÇALIŞMAK İSTEMEMESİ**
- **ALT İŞVEREN AÇISINDAN FESHİN SON ÇARE OLMA İLKESİNE UYUP UYMADIĞININ BELİRLENMESİNİN GEREKMESİ**

**ÖZETİ** Dosya içeriğine göre davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin 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 hizmet alım sözleşmesinin 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 hizmet alım sözleşmesinin sona erdiği tarihte davalı alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı, 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 de feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

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

#### Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin davalı ....Anonim Şirketi tarafından .... ile aralarındaki sözleşmenin feshedilmesi gerekçe gösterilerek feshedildiğini, fesih nedeninin yasal ve geçerli bir neden olmadığını ileri sürerek iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine, davacının işe iadesine, işe başlatmama halinde işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

#### Davalı Cevabının Özeti:

Davalı .... vekili; davanın sadece diğer davalıya açılması gerektiğinden husumet itirazında bulduklarını, davacının iş sözleşmesinin diğer davalı tarafından feshedilmesi nedeniyle sorumluluklarının bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Davalı ... Anonim Şirketi vekili; davalı .... ile imzaladıkları hizmet alım sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle davacı ve ....'de çalıştırdıkları işçilerin iş sözleşmesini feshetmek zorunda kaldıklarını, davacının işe iadesinde fiili imkansızlık bulunduğunu ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

#### Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, sözleşmenin geçerli nedenle feshedildiğinin davalı işveren tarafından ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir

#### Temyiz:

Kararı, davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

#### Gerekçe:

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, kanuni dayanak 4857 sayılı Kanun'un 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, hammadde 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, davacının iş sözleşmesi, davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin davalı asıl işveren .... tarafından feshedilmesi sebebiyle diğer davalı alt işverence feshedilmiştir. Davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik işveren kararı işletmesel karar niteliğinde olup yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere yerindelik denetimine tabi değildir. Dosya içeriğine göre davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin 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 hizmet alım sözleşmesinin 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 hizmet alım sözleşmesinin sona erdiği tarihte davalı alt işverenin başka işyerlerinin olup olmadığı, 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 de feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.02.2017 gününde oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.

