

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/17950

Karar No : 2009/19553

Tarihi : 06.07.2009

ÖZET

Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin etme işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda

davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının somut olarak denetlenmesi gerekir.

DAVA

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

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

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

Davacı vekili, davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin “5188 Sayılı Özel Güvenlik

Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik uyarınca bu hizmetin dışarıdan alınmasına karar verildiği” gerekçesi ile feshedildiğini, öncelikle davalı şirketin güvenlik hizmetlerini dışarıdan almasının, işveren bünyesindeki bir kısım hizmetlerin davalı dışındaki bir firmaya devri anlamına gelmekte olup İş Kanununun 6. maddesinde devreden veya devralan işverenlerin, iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini, davacının güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere yasada aranan tüm vasıflara sahip olduğunu, bu hizmetin dışarıdan alınacak olmasının fesih için haklı gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini, feshin son çare olması gerektiği ilkesi somut olayda gözetilmediğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının ifa ettiği güvenlik görevinin, yardımcı iş olarak tabir edilen ve doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerden olduğunu, yardımcı işin özel bir firmaya yaptırılmasına karar verilmesinin işletmesel bir karar olup işverenin bu işletmesel kararının yargı denetiminin dışında olduğunu, davadaki hukuki durumun dava dilekçesinde belirtildiği gibi, İş Kanununun 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini, davacının iş akdinin feshedildiği dönemde davalı şirket nezdinde davacının görevlendirilebileceği uygun bir iş olmadığı gibi aksine işçi çıkarıldığını, bu nedenle söz konusu ilkenin şirketçe göz ardı edildiğine dair iddianın yersiz ve mesnetsiz olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin, 4857 sayılı İş Yasasının 2/6. maddesinde tanımlanan yardımcı iş niteliğindeki güvenlik işini, aldığı işletmesel karar sonucunda ve akdedilen “18.07.2008 tarihli Güvenlik Hizmet Sözleşmesi” gereğince Düzce ilinde faaliyet gösteren Çağ Özel Güvenlik Sanayi Ticaret

Limited Şirketine yüklediği, sözleşme gereği davalı şirketin ihtiyacı olan ve İl Özel Güvenlik Komisyonu tarafından uygun görülen hizmet alımı kapsamında dört adet özel güvenlik personeli ile güvenlik hizmetinin yerine getirileceği hususunda anlaşmaya varıldığı, davalı şirket tarafından, alınan işletmesel karar sonucu kadro fazlalığı meydana geldiği ve görevlendirileceği uygun bir iş olmadığı gerekçesiyle davacı ile birlikte davalı şirkete ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan 7 özel güvenlik görevlisinin iş sözleşmelerinin feshedildiği ve fesihten sonra yeni işyerine yeni işçi alınmadığı kabul edilmekle birlikte, davalı işverenin, 5188 sayılı yasa gereği özel güvenlik hizmetini özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlamasının yasal bir zorunluluk olmayıp ve ancak asal bir tercih olduğu, her ne kadar davalı işverenin aldığı işletmesel kararın amaç ve yerindelik denetimi yapılamaz ise de yasanın yürürlüğe girdiği 24.06.2004 tarihinden yaklaşık dört yıl sonra yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen güvenlik hizmetlerinin 4857 sayılı Yasanın 2/6 maddesi kapsamında başka bir firmadan temin etmek girişimi ve tercihinin, Medeni Kanunun 2. maddesinde tanımını bulan iyi niyet kuralları ile Anayasanın 49. maddesinde “Devletin çalışanların çalışmayı desteklemek işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorunlu olduğuna” ilişkin düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde; işletmesel kararın sadece işverenin ve ortakların menfaati yanında işçilerin de menfaatini gözetmesi başka bir deyişle sadece kar amaçlı olmayıp işletmenin de işçiler dahil işyerinin de tüm unsurlarını koruyan meşru bir karar olması gerekirken tam aksine yalnızca davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para-çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetilmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işveren

verilerek davacı işçinin tasfiyesine yönelik keyfi alınmış bir işletmesel karar olduğu, Medeni Kanunun 2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmasının mümkün olmadığı, davacı işçinin akdinin feshedildiği dönemde şirket nezdinde görevlendirilebileceği uygun bir iş olmadığını ileri sürmüşse de işçi çıkarımına gerekçe olan ekonomik kriz nedeniyle bölüm kapatma yerine işçi çıkarmayı yeğlediklerini açıkça beyan etmeleri karşısında feshin son çare olma ilkesi çerçevesinde işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulama başvurulması, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemleri tercih etmedikleri ve üstelik davalı şirket tarafından gönderilen işçi listesinde Mayıs 2008 tarihinde süreli olarak işe alındıkları anlaşılan dokuz işçinin iş sözleşmesinin Eylül 2008 tarihinde süre bitimi nedeni ile feshedilecekken 2002 yılında beri davalı şirkette çalışan davacı işçinin biraz evvel belirtilen alternatif uygulamalara gidilip başka bölümlerde veya süreli olarak çalıştırılan işçilerden boşalması muhtemel kadrolarda çalıştırılarak adil ve menfaatleri dengeleyici bir çözüm arayışına gidilmediği ve dolayısı ile davalı işverence feshin son çare olma ilkesinin gözetilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın reddine 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 dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işlet-

me 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.

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 Kanunumuzun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz, işletmesel 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 Kanunumuzun 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.

İşçi fesihle sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin baş-

ka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı). 4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırimcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlanması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

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 belirlemede 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. Özellikle bölüm kapatılması veya alt işveren uygulaması sonunda kapatılan veya alt işverene verilen işte çalışan işçilerin başka bölümde değerlendirilmesi için değerlendirilecek yerde işçi istihdamına olanak bulunmalıdır. Bu anlamda istihdam fazlası işçilerin diğer bölümlerde başka işçilerin yerine ikamesi düşülemez. Bir başka anlatımla bu işçilerin diğer bölümlerde değerlendirilmesi için işverenden diğer bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi beklenmemeli ve işverenden bu şekilde bir işletmesel karar alması istenmemelidir.

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 ka-

nıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunumuzun 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 kriter 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 içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin etme işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının somut olarak denetlenmesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin yeni işçi almadığı gibi fesihten önce ve fesihten sonra diğer bölümlerden işçi çıkardığı tespit edilmiştir. Bu nedenle davalı işverenin tutarlı davrandığı kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde hüküm kurulurken, fesihte işverenin keyfi davrandığından ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığından hareket edilmiştir. İşverenin keyfi davranmasına gerekçe olarak, "5188 sayılı yasa gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlanmasının yasal bir zorunluluk olmadığı ve davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işveren vererek davacı işçinin tasfiyesini amaçladığı" gösterilmiştir. Oysa bu gerekçeler yukarıda açıklandığı gibi yerindelik denetimini içermekte olup, işverenin aldığı kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığının incelenmesidir. İşletme gerekleri ile fesihte, feshe neden olan özellikle kurucu işveren kararında, bu kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı incelenemez. İş uyuşmazlığına bakan yargıcın bu yönde bir denetimi bulunmamaktadır. Bu şekilde bir denetimin uyuşmazlığın çözümünde yeri yoktur. Kararın yararlı ya da amaca uygun olmaması veya hatalı bir karara dayanması işverenin keyfi karar aldığı sonucunu da doğurmaz.

Diğer taraftan, feshin kaçınılmazlığı yönünden, işverenin işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulamalara başvurmadığı, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemleri tercih etmediği gibi Mayıs 2008 tarihinde süreli olarak işe alınan dokuz işçinin iş sözleşmesinin Eylül 2008 tarihinde süre bitimi nedeni ile feshedilmesi yerine 2002 yılında beri davalı şirkette çalışan davacı işçinin alternatif uygulamalara gidilip başka bölümlerde veya süreli olarak çalıştırılan

işçilerden boşalması muhtemel kadrolarda çalıştırılarak adil ve menfaatleri dengeleyici bir çözüm arayışına gidilmediği gerekçesine dayanılmıştır. Ancak yukarıda açıklandığı gibi güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeni ile bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı açıktır. Diğer bölümlere işçi alınmadığı gibi yeri işçi de alınmamıştır. Davalı işverenin bu durum karşısında güvenlik hizmetinde çalışan işçileri başka bölümde değerlendirme olanağı da bulunmamaktadır, işverenden diğer bölümlerde süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçiler yerine güvenlik hizmetinde çalışan işçilerin değerlendirilmesi düşünülemez. Bu şekildeki bir değerlendirme istihdam fazlası olan işçi yerine, diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini gerektiren bir değerlendirme olur ki bu doğru gerekçe değildir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

OLAY VE KARARIN ÖZETİ

Uyuşmazlık konusu olayda, işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı işçi, davalı işverenin güvenlik hizmetini bir özel güvenlik şirketine vermesinin işyeri devri niteliğinde olduğunu, devreden veya devralan işverenlerin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya bir işyeri bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini, davalı şirket tarafından alınan karar sonucu kadro fazlalığı meydana geldiği ve görevlendirileceği uygun bir iş olmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesine son verildiğini, iş sözleşmesinin feshinin keyfi ve kötüniyetli olduğunu, işten çıkarılmasında feshin son çare olması ilkesinin gözetilmediğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme, davalı işverence feshin son çare olma ilkesinin gözetilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davacı işçi lehine hüküm vermiştir.

Yargıtay ise, feshin son çare olma ilkesinin

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

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. Davanın REDDİNE,
 3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
 5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 575- TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
 6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 6.7.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

gözetildiği kanaatine vararak, Yerel Mahkeme kararını hatalı bulmuş ve Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Uyuşmazlık konusu olayda öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, işverenin işyerinde yürüttüğü yardımcı işlerin (mevcut olayda güvenlik hizmetinin), alt işverene verilmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığıdır.

Davacı vekili, davalı şirketin güvenlik hizmetlerini dışarıdan almasının işveren bünyesindeki bir kısım hizmetlerin davalı dışındaki bir firmaya devri anlamına gelmekte olup, İşK'nun 6. maddesi uyarınca devreden veya devralan işverenlerin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini ileri sürmektedir.

Türkiye'de bir işyerinin kısmi devri veya bir işyeri bölümünün devri, ilk defa 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK'nun 6. maddesinin

de yer alan “işyerinin bir bölümünün devri”¹ kavramı ile Türk hukuk mevzuatına girmiştir. 4857 sayılı İşK'nun kabulüne kadarki dönemde işyerinin devrine ilişkin genel nitelikte bir düzenleme mevcut değildi. Söz konusu dönemde hep işyerinin tümüyle devri söz konusu olmuş, bu konudaki boşluk, öğreti ve Yargıtay kararlarıyla BK'nun 179 ve 180. maddelerine² dayanılarak, bir ölçüde, doldurulmuştu. Devir halinde işyerinde çalışan işçilerin bireysel iş sözleşmelerinin³ durumu ise yalnızca DenİşK'nda sınırlı olarak düzenlenmişti (m.19)⁴ ve yine 4857 sayılı İşK'nun kabulüne kadarki dönemde öğreti ve Yargıtay kararlarında işyeri devredildiğinde işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmelerinin devirle birlikte yeni işverenle devam etmesi ilkesi benimsenmişti⁵.

4857 sayılı İşK düzenlenirken bu boşluğun doldurulması gereksinimi yanında AB mevzuatına uyumun da hedeflendiği belirtilerek⁶ İşK'nun 6. maddesinde bu konu düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu madde uyarınca,

“İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f.1)/Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı baklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (f.2)/Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (f.3)/Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz (f.4)/Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yabut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır

(f.5)/Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz”.

Öte yandan İşK m.2'de asıl işveren-alt işveren ilişkisi de yeniden düzenlenmiş ve asıl işveren-alt işveren ilişkisine yeni sınırlamalar getirilmiştir.

1475 sayılı İşK m.1/5 asıl işveren-alt işveren ilişkisini “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu Kanundan ve hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur“ biçiminde düzenlemişken, 4857 sayılı İşK m.2/f.6 ve f.7 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. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (f.6)/Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez (f.7)”.

İşK'nun 2 ve 6. maddelerindeki bu düzenlemelerden sonra, bir işin alt işverene verilmesinin, işyeri bölümünün devri niteliğinde olup olmadığı, bu iki ilişkinin aynı anda kurulup kurulamayacağı konusu öğretilerde yoğun tartışma-

lara yol açmıştır.

Öğretideki bazı yazarlar bu soruya Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (The Court of Justice of the European Communities) Süzen kararında⁷ yaptığı “ekonomik birlik” tanımını, Süzen davası ve izleyen davalarda ATAD'ın bir işyeri bölümünün devrinden söz edilebilmesi için aradığı ölçütleri gerekçe göstererek cevap vermişler, ATAD'ın Süzen davası ve izleyen davalardaki yorumlarını gerekçe göstererek Türk hukuku açısından da bir işin alt işverene verilmesinin işyeri devri niteliğinde olabileceğini, bu iki ilişkinin aynı anda kurulabileceğini, yürürlükteki (pozitif) hukuku göz ardı ederek Türk hukukunun da söz konusu ATAD yorumuyla bağlı olduğunu savunmuşlardır⁸.

Ancak aşağıdaki gerekçelerle bu görüşe katılmak hukuken olanaklı görünmemektedir. Çünkü:

1. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki ATAD, 14 Şubat 1977 tarihli 77/187/EEC sayılı “İşletmelerin İşyerlerinin Tümüyle veya İşyeri Bölümlerinin Devrinde İşçilerin Haklarının Gözetilmesi Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Yönergesi”, bunu değiştiren 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50/EC sayılı Yönerge ve bu iki yönergeyi birleştiren 12 Mart 2001 tarihli 2001/23/EC sayılı “İşletmelerin İşyerlerinin Tümüyle veya İşletme veya İşyeri Bölümlerinin Devrinde İşçilerin Haklarının Gözetilmesi Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Yönergesi” uyarınca önüne gelen davalarda, Yönerge'de kullanılan işletme, işyeri, işletme veya işyeri bölümü kavramlarına iş hukuku bakış açısıyla açıklama getirmek yerine, ticaret hukuku bakış açısını benimsemiş ve bu kavramlara açıklık getirilmeden, “ekonomik birlik (economic entity)” kavramını kullanmış⁹, iş sözleşmelerinin sürekliliğinin sağlanması için ekonomik birliğin kimliğini koruyan bir şekilde devrini öngörmüştür. Devralan, varolan bir işletmeyi faaliyetlerini yürütmek üzere devralmış olmalıdır veya işletme devralana, en azından işletmenin eski faaliyetiyle aynı türden bir faaliyete olanak sağlamalıdır. ATAD, devirden sonra ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığının saptanabilmesi için, işyerinde yürütülen faaliyetin devirden sonra yeni işveren

tarafından aynı veya özdeş biçimde sürdürülmesi¹⁰ ölçütü yeterli olmadığı için, Spijkers davasında olaya damgasını vuran bütün koşulları incelemek gerektiğine karar vermiş ve diğer bazı koşulların daha varlığını aramıştır.

Öğretiye “Spijkers Ölçütleri” olarak geçen¹¹ bu ölçütler uyarınca, işletme ya da işyerinin türüne göre;

- işyerinin bina veya taşınabilir eşya gibi maddi aktifleri/kıymetleri¹² ve maddi olmayan aktiflerinin/kıymetlerinin¹³ devredilip devredilmediği,

- devir esnasında maddi olmayan aktiflerin/kıymetlerin değeri,

- işyerinde çalışan işçilerin sayısı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun yeni işveren tarafından devralınıp alınmadığı,

- müşterilerin devredilip devredilmediği,

- devirden önce ve sonra gerçekleştirilen faaliyetler arasındaki benzerlik derecesi,

- işyerindeki faaliyetler askıya alınmışsa askıya alınma süresi

koşulları göz önünde tutulacaktır.

ATAD, her somut olayda bütünsel bir değerlendirme yapılması gerektiğini, yukarıda anılan koşulların yalnızca münferit ölçütler niteliğini taşıdığını belirtmektedir¹⁴. ATAD'a göre her davada bu ölçütlerin tümü açısından karar vermek, bu ölçütleri uygulamak, her davada bu ölçütlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak ulusal mahkemelerin görevidir. Ancak her ölçütün ağırlık derecesinin ne olacağı konusundaki belirsizlik, bir işyeri devrinin var olup olmadığı konusunda karar vermek durumunda olan ulusal mahkemeler için, pek çok soruna yol açmıştır¹⁵.

Süzen kararına konu olan olayda, Almanya'daki (Bonn şehrinde) bir ortaokulun temizliğini üstlenmiş olan bir temizlik şirketinde çalışan Ayşe Süzen ve yedi arkadaşı, temizlik işlerinin başka bir şirkete verilmesi üzerine, bağlı oldukları şirket tarafından işten çıkarılmıştır. Bunun üzerine Ayşe Süzen bağlı olduğu temizlik şirketinin iş sözleşmesini fesih işleminin yeni işverenle olan iş ilişkisini ortadan kaldırmadığının tespiti için dava açmış, Bonn İş Mahkemesi burada bir işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı hususunda ön ka-

rar yoluyla ATAD'a başvurmuş ve o dönem yürürlükte olan 14 Şubat 1977 tarihli 77/187/EEC sayılı İşletmelerin İşyerlerinin veya İşyeri Bölgelerinin Devrinde İşçilerin Haklarının Gözetilmesi Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Yönergesi'nin yorumlanmasını talep etmiştir. ATAD bu kararında; önceki şirket ve sonraki şirket tarafından aynı hizmetin yürütülmesinin (hizmetin aynı olmasının) ekonomik bir birliğin devredildiği sonucuna varmak için yeterli olmadığı, ekonomik birliğin yalnızca bir faaliyet (activity) olarak anlaşılamayacağı, dolayısıyla tek başına işyerinde veya bir işyeri bölümünde yürütülen faaliyetlerin bir başkasına devrinin "ekonomik birliğin" devri anlamına gelmeyeceği, "ekonomik birliğin" devrinden söz edilebilmesi için işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun da devredilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

ATAD bu kararında, özetle, maddi veya maddi olmayan kıymetlerin devrinin söz konusu olmadığı veya işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun devredilmediği durumlarda işyeri devrinin söz konusu olmayacağı sonucuna varmıştır.

Bu yorum, öğretilerdeki bazı eleştirilerden¹⁶ etkilenen ATAD yargıçlarının, aşağıda sözü edilecek olan Schmidt kararından sonra, görüş değiştirerek geliştirdiği bir yorumdur.

2. Yönerge'nin amacı, iş sözleşmelerinin değiştirilmeden devredilenle mümkün olduğunca devamının ve işçilerin devir sonucu dezavantajlı duruma düşmemelerinin sağlanmasıdır.

Bu nedenle ATAD yargıçlarının Süzen davası ve izleyen davalardaki yorumları, Yönerge'nin işçiyi koruma amacına aykırı olduğu gerekçesiyle İngiliz öğretisinde eleştirilmiştir. ATAD yargıçlarının yorumunun kabulü halinde Yönerge'nin sağlamayı amaçladığı korumadan kaçınmak isteyen işverenlerin, işyerlerini çok az işçiyle veya hiç işçisi olmadan devralmayı tercih edecekleri vurgulanmıştır¹⁷. Nitekim İngiltere'de işyeri devredilirken, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemek (kanunu dolanmak) amacıyla işgücü devredilmemiş ve işçiler işten çıkarılmışsa, işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanmaktadır¹⁸. Belirtmek gerekir ki İngiliz mahkemeleri ATAD'dan

daha geniş yorumlar benimsemişlerdir¹⁹.

3. Yönerge'nin amacı, AB'nin tamamında ortak bir ölçüt çerçevesinde tek bir koruma düzeyi sağlamak²⁰, dolayısıyla üye ülkelere işçi açısından daha lehte düzenlemeler getirmeyi yasaklamak değildir. Yönerge ile asgari bir koruma düzeyi sağlanmak istendiği ve üye ülkelere işçi açısından daha lehte ulusal düzenlemeler getirme sınırlaması olmadığı için, bu konuda işçiyi koruyucu düzenlemeler ve Yönerge'nin uygulanması açısından üye ülke uygulamaları arasında farklılıklar vardır²¹.

Örneğin ATAD, Schmidt davasında işyeri devri koşullarını son derece geniş yorumlayarak farklı bir karar vermiştir. Bu karardaki yorumu işçi lehine olduğu için üye ülkeler tarafından benimsenebilir. Nitekim ATAD'ın Schmidt kararındaki yorumu, aşağıda üzerinde durulacak olan 2008 tarihli Maria Norma Abela v. Pater Holding Company Limited davasında hem Malta İş Mahkemesi, hem Malta Temyiz Mahkemesi tarafından benimsenmiştir.

Schmidt kararına konu olan olayda, Almanya'daki bir banka şubesinde temizlik işçisi olarak çalışan kadın işçi Christel Schmidt, temizlik işlerinin bir şirkete verilmesi üzerine işvereni tarafından işten çıkarılmıştır. Temizlik şirketi, Christel Schmidt'e, daha yüksek ücretle fakat çok daha büyük bir alanı temizlemesi için çalışmasını önermiştir. Ancak Christel Schmidt, çalışma saati ücretinin yapacağı işe oranlandığında düşeceği ve çalışma koşullarının ağırlaştırıldığı gerekçesiyle teklifi reddetmiş ve Alman Medeni Kanunu (BGB) §613a'daki fesih yasasına aykırılık nedeniyle dava açmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için maddi veya maddi olmayan kıymetlerin devrinin şart olduğu yönündeki içtihadı nedeniyle Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi, ATAD'a bu olayda bir işyeri devrinin bulunup bulunmadığı sorusunu yöneltmiştir. Divan, devirden önce ve devirden sonra yürütülen temizlik faaliyetinin aynı türden olması nedeniyle, bir işyeri devri olduğu, Christel Schmidt'in Yönerge'nin sağladığı korumadan yararlanacağı sonucuna varmıştır. ATAD devredilenin bir faaliyet olması veya devirden önce yalnızca bir işçi tarafından yürütülmesinin

Yönerge'nin uygulanmasına engel oluşturmayacağına dile getirmiştir.

ATAD bu kararı ile faaliyetin devam ettirilmesinin işyerinin ayniyetinin korunmasının bir unsuru ve böylece Yönerge açısından işyeri devrinin bağımsız bir şekli olduğunu kabul etmiştir. ATAD'ın bu kararından çıkarılacak sonuç, işletmenin faaliyetlerinin bir bağımsız yönetime ve organizasyona sahip işletme birimine her türlü devrinin, bir işyeri devri olarak değerlendirileceğidir. Bu değerlendirme, bir holdingde fonksiyonların bir kardeş kuruluşa veya ana kuruluşa bırakılması halinde de geçerlidir.

Bu karar, Yönerge'nin kapsamın çok geniş olduğu görüşünde olan bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir²². Bunun üzerine yukarıda sözü edilen Süzen kararında ATAD bu görüşünden dönerek "ekonomik bir birliğin" devrinden söz edilebilmesi için bazı ölçütler getirmiştir.

Ancak 30.4.2008 tarihli Maria Norma Abela v. Pater Holding Company Limited davasında²³, hem Malta İş Mahkemesi, hem Malta Temyiz Mahkemesi temizlik işlerinin devrini, hiçbir maddi veya maddi olmayan aktif/kıymet veya işgücü devri olmamasına rağmen, işyeri devri olarak kabul etmiş ve İşyeri Devri Hakkındaki Düzenleme'nin (Transfer of Business Regulations, Legal Notice 433/2002) uygulanacağı sonucuna varmış ve ATAD'nın Schmidt kararına paralel bir karar vermiştir.

Söz konusu davada temizlik işlerinin bir şirkete verilmesi üzerine temizlik işlerini yapan iki işçi işten çıkarılmış, işten çıkarılan iki temizlik işçisinden biri olan Maria Norma Abela geçersiz fesih iddiasıyla dava açmıştır. Davalı işverenin hiçbir maddi veya maddi olmayan aktif/kıymet veya işgücü devri olmadığı için bir işyeri devrinin olmadığı yönündeki savunmasına rağmen, söz konusu mahkemeler işyeri devri olduğu sonucuna varmıştır.

Temyiz Mahkemesi, davacı işverenin çeşitli faaliyetler yürüttüğünü, İşyeri Devri Hakkındaki Düzenleme'nin bağımsız faaliyetlere sahip organize bir ekonomik birlik oluşturan bir işletme bölümünün devrini de kapsadığını, devirden önce var olan ve devirden sonra işletme içinde bağımsız bir hizmet olarak kimliğini sürdürme amacı olan bağımsız faaliyetleri yerine getiren

işçilere de işyeri devrine ilişkin düzenlemelerin uygulanacağını belirtmiştir.

Mahkeme, Düzenleme çerçevesinde bir işyeri devrinden söz edilebilmesi için esas olanın, sözleşme taraflarının devredilen faaliyeti bağımsız bir faaliyet olarak görmeleri ve söz konusu faaliyetin devredilince sürdürülmesi olduğu kanaatine varmıştır. Dolayısıyla hem İş Mahkemesi, hem Temyiz Mahkemesi bu durumda İşyeri Devri Hakkındaki Düzenleme'nin uygulanacağı ve faaliyeti devralan işverenin, işçileri de devralması gerektiği sonucuna varmıştır.

4. Öte yandan Türkiye daha AB üyesi bile olmadığı gibi, ne zaman üye olacağı da belli değildir. İşK'nda diğer AB üyesi devlet hukuklarından farklı olarak alt işverene ilişkin özel ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. İşK'nın 2. ve 6. maddelerinde işyeri devrine ve alt işverene birbirinden kesin çizgilerle ayrılan farklı hukuksal sonuçlar bağlanmıştır. Öğretide de vurgulandığı gibi, alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almıştır. Devralan işveren ise işyerini elde etmiştir. Devralan işveren mal veya hizmet üretimine dair iş organizasyonunu tamamen bağımsız bir biçimde oluşturabilir. Alt işveren açısından da bağımsız bir işyerinin varlığından söz edilse de alt işveren asıl işverenin ürettiği mal veya hizmet organizasyonuna dahildir. Dışarıdan bakıldığında üçüncü kişi hizmeti asıl işverenden almış görünmektedir. Hatta tüketici hakları bakımından asıl işverenle muhatap olunur. Asıl işverenin alt işverenle birlikte devamlı bir sorumluluğu söz konusu iken işyeri devrinde devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumluluğu söz konusu değildir. Ayrıca, alt işverene verilmede geçici bir durum söz konusudur²⁴.

5. Ayrıca unutmamak gerekir ki, 4857 sayılı İşK m. 6'nın gerekçesinde, İşK'nın genel hükümleri arasına işyerinin devrine ilişkin konular eklenirken, AB müktesebatının göz önünde tutulduğu ileri sürülmesine rağmen²⁵, İşK 6. maddede, 2001/23/EC sayılı AB Yönergesi ile bir uyum da söz konusu değildir. Örneğin sendikalaşma oranının çok düşük olduğu günümüz koşullarında işçilerin korunması açısından son derece önemli olan ve Yönerge'nin 7. maddesinde yer verilen, gerek devralan gerekse dev-

reden işverenlere işçi temsilcilerini, işyerinde işçi temsilcisi, yoksa işçileri işyeri devrinin etkileri konusunda bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükme; 4/2. maddesinde yer verilen işletmenin ya da işyerinin devri nedeniyle çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikler ortaya çıktığında ve işçinin sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği durumlarda feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek sonuçlarından işverenin sorumlu olacağına ilişkin hükme, İşK m. 6'da yer verilmemiştir²⁶. Oysa Yönerge, dört önemli noktada toplanabilecek önlemleri içermektedir: Birincisi işletme veya işyeri devrinden etkilenen iş ilişkilerinin eski işverenden yeni işverene otomatik olarak intikal etmesi; ikincisi, işçinin feshe karşı korunması; üçüncüsü, işçi temsilcilerinin fonksiyonları ve statülerinin mümkün olduğunca korunması; dördüncüsü, devir konusunda işçi temsilcilerine bilgi verme, danışma prosedürüne uyulmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla AB'ye üyelik sürecinde, İşK'nın AB müktesebatıyla tam bir uyumunun sağlanması için, yeniden düzenlenmesi kaçınılmazdır.

Uyuşmazlık konusu olayda yardımcı bir iş olan güvenlik hizmetinin güvenlik şirketine verilmesi, İşK m.2 f. f.6 çerçevesinde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisidir. İşK m.6 çerçevesinde bir işyeri devrinden söz edilemez.

II. Uyuşmazlık konusu olayda açıklığa kavuşturulması gereken ikinci husus, işverenin 2004 tarihli 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden dört yıl sonra yedi işçisi tarafından yürütülen güvenlik hizmetini alt işverene verme kararının yargı denetimine tabi tutulup tutulamayacağıdır.

Yerel Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde hüküm kurulurken, feshte işverenin keyfi davrandığından ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığından hareket edilmiştir. İşverenin keyfi davranmasına gerekçe olarak, "5188 sayılı Yasa gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlanmasının yasal bir zorunluluk olmadığı ve davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaatini gö-

zetmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işverene vererek davacı işçinin tasfiyesini amaçladığı" gösterilmiştir.

Yargıtay'a göre, Yerel Mahkeme'nin bu gerekçesi yerindelik denetimini içermekte olup, işverenin aldığı kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığının incelenmesidir. İşletme gerekleri ile feshte, feshe neden olan özellikle kurucu işveren kararında, bu kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı incelenemez. İş uyuşmazlığına bakan yargıcın bu yönde bir denetimi bulunmamaktadır. Bu şekilde bir denetimin uyuşmazlığın çözümünde yeri yoktur. Kararın yararlı ya da amaca uygun olmaması veya hatalı bir karara dayanması işverenin keyfi karar aldığı sonucunu da doğurmaz.

Yargıtay bu saptamasında haklıdır. Çünkü öğretilerde²⁷ ve uygulamada, Anayasal girişim ve sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle işletmesel kararın yerindelik denetimine bağlı tutulmaması kabul edilmektedir. Bir başka deyişle işletmesel kararlar, hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmışsa, yargısal denetime tabi tutulamaz. İşK m. 2 f. 6 bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilebileceğini düzenlemektedir. Yardımcı işlerin alt işverene verilmesi herhangi bir koşul, sınırlama veya denetime bağlı tutulmamıştır. Öte yandan 2004 tarihli 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınması suretiyle sağlanması yasal bir zorunluluk olmamakla, iş sözleşmesi feshedilen güvenlik görevlisi 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik görevlilerinde aradığı koşullara (m.10) sahip olmakla birlikte, olayda işveren İşK m. 2 f. 6'nın kendisine tanıdığı bir olanağı kullanmıştır. Dolayısıyla işverenin bu olayda güvenlik hizmetini alt işverene vermesi hukuka uygundur ve bu kararın yerindeliği sorgulanamaz.

Somut uyuşmazlıkta İşK'ya uygun olarak güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi işletmesel bir karardır. Alt işverenlik uygulamasına bağlı olarak istihdam fazlalığı meydana geldiğinde ve işyerinde işçilerin çalışma ola-

naklarının ortadan kalktığı durumlarda, işletme içi geçerli nedenle fesih olanaklıdır (İŞK m.18).

III. Uyuşmazlık konusu olayda açıklığa kavuşturulması gereken üçüncü husus, işverenin kötüniyetli davranıp davranmadığıdır.

Davacı vekili, davalı işverenin 4857 sayılı İŞK'nun yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık dört yıl sonra yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen güvenlik hizmetlerinin İŞK'nın 2/6 maddesi kapsamında başka bir firmadan temin etmek girişimi ve tercihinin, egemen olan az para-çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetilmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işverene verildiğini, işletmesel kararın davacı işçinin tasfiyesine yönelik keyfi alınmış bir karar olduğunu, MK'nın 2. maddesinde tanımını bulan iyi niyet kurallarının ihlali olduğunu, MK'nın 2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmasının mümkün olmadığını iddia etmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, işverenin güvenlik hizmetini alt işverene vermesi hiçbir koşul, sınırlama ve denetime tabi olmaksızın İŞK ile işverene tanınmış bir olanaktır ve işveren bu olanağı hukuka uygun bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Ancak alınan işletmesel karar, kanunu dolanma (muvazaa) ve/veya işçilerin hukuk düzeni tarafından güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin kullanımını engelleyici ve/veya misilleme amaçlı ise ve tutarlı bir biçimde uygulanmamakta ise yargısal denetim devreye girer.

İşçinin işten çıkarılmasında kötüniyet iddiası, İŞK m.20/2 uyarınca davacı işçi tarafından kanıtlanmalıdır²⁸. Uyuşmazlık konusu olayda davacı işçi kötüniyet iddiasında bulunmakla birlikte, hukuk düzeni tarafından güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin kullanımını engelleyici veya misilleme veya kanunu dolanma amaçlı kötüniyet göstergesi olan somut bir olay gösterebilmiş değildir. Nitekim uyuşmazlık konusu olayda da kötüniyet göstergesi olan bir husus görünmemektedir. Çünkü güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeniyle bu bölümde istihdam fazlası oldu-

ğu ortadadır, güvenlik hizmetini yürüten bütün işçiler işten çıkarılmıştır ve davalı işveren yeni işçi almadığı gibi fesihten önce ve fesihten sonra diğer bölümlerden işçi çıkarmıştır.

IV. Uyuşmazlık konusu olayda açıklığa kavuşturulması gereken dördüncü husus, işverenin güvenlik görevlisinin iş sözleşmesini feshederken feshin son çare olması ilkesine uyup uymadığıdır.

Öğreti ve uygulamada kabul edildiği gibi, işletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı önlemin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. Bir başka deyişle işveren, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle aldığı fesih kararında işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İŞK ile işçilere sağlanmış olan iş güvencesi nedeniyle feshe, ancak başvurulabilecek başka hiçbir önlem kalmadığında başvurulabilir. Asıl olan, iş sözleşmesinin sürekliliğidir. İş sözleşmesinin feshinin alternatifi olabilecek daha hafif somut belirli önlemler varsa bunlara başvurulmalıdır. Ancak bunlar işyerinde uygulanabilir ve iş sözleşmesinin feshini önleyebilecek önlemler olmalıdır. Bu önlemlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, bir başka deyişle feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde işletmesel kararın gerekliliği yargısal denetime tabidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağının ortadan kalkıp kalkmadığı yönünde kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

Ancak Yargıtay, Yerel Mahkeme'nin "Feshin son çare olma ilkesi çerçevesinde işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemlerin tercih edilmediği" yönündeki gerekçesi üzerinde durmamıştır. Oysa Yargıtay 9. HD. 13.1.2005 tarihli kararında, "Öte yandan, işletme gerekleri ile varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile

esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak ve kısa çalışma ile amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca fesih “son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir²⁹ demektedir.

Dolayısıyla esnek çalışma uygulamalarına gidilmesi veya fazla mesailerin kaldırılması önlemlerinin işyerinde uygulanabilmesi ve bu önlemlerin işten çıkarmayı önlemesi olanaklı ise, bu önlemlere başvurulmaması durumunda feshe son çare olarak başvurulduğu söylenemeyecektir. Ancak kuşkusuz ki işverenden işyerinde çalışmakta olan diğer işçilerin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe yol açacak nitelikte esnek çalışma uygulamalarına gitmesi beklenemez³⁰. Esnek çalışma, istihdam fazlası oluşturan işçi veya işçiler açısından söz konusu olacaktır. Söz konusu işçi veya işçilerin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe yol açacak esnek çalışma uygulamalarına gidilmesi durumunda işverenin İşK m.22 çerçevesinde hareket etmesi gerekecektir.

Öte yandan kısa çalışmanın³¹ işyerinde uygulanabilir olması için istihdam fazlalığının geçici olması gerekir. İstihdam fazlalığı kalıcı ise kısa çalışmaya başvurulmasının hiçbir yararı olmayacaktır. Nitekim uyuşmazlık konusu olayda güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeniyle meydana gelen istihdam fazlalığı kalıcı bir istihdam fazlalığı olduğu için, kısa çalışma uygulamasına başvurulmasının hiçbir yararı olmayacaktır.

SONUÇ

Yerel Mahkeme kararında işçinin rızasıyla esnek çalışma uygulamalarına gidilmesinin veya fazla mesailerin kaldırılmasının işyerinde uygulanabilir önlemler olup olmadığı, uygulanabilir iseler bu önlemlere başvurulmasının feshi önleme etkisinin olup olmadığı hususu açık değildir ve Yargıtay kararında da bu hususlar irdelenmemiştir. Bu nedenle kanımca Yargıtay, Yerel Mahkeme kararını yetersiz araştırma nedeniyle bozmalıydı. Yerel Mahkeme’den, sözkonusu hususlarda gerekli araştırma yapıldıktan sonra karar vermesi talep edilmeliydi. Aksi halde feshe son çare

olarak başvurulduğu söylenemeyeceği için, Yargıtay’ın yukarıdaki kararına katılmak olanaklı görünmemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu kavram ve işyeri devriyle ilgili öğretilerde kullanılan diğer kavramların eleştirisi için bkz. Tankut Centel (2008), İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, Mart, s.5-9.
- 2 BK m.179-“Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar (f.1)/ Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynısıdır (f.2)”. BK m.80-“Bir işletme diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilse, her iki işletmenin alacaklıları bir mamelekin devralınmasından doğan hakları haiz olup bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler (f.1)/ Evvelce hakiki veya hükmi tek bir şahsa ait olup da kolektif veya komandit şirket haline konulan bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm tatbik olunur (f.2)”.
- 3 2822 sayılı TİSGLK m.8 - “...toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez”.
- 4 DenişK. m.19 - “Geminin Türk Bayrağını taşıma hakkı bulunduğu sürece mülkiyetin kısmen veya tamamen herhangi bir şahsa geçmesi hizmet aktinin feshini gerektirmez”.
- 5 Bkz. Münir Ekonomi (2000), İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Turhan Esener’e Armağan, Kamu-İş Dergisi, C.5, S.3, Nisan, s.325-361.
- 6 Bkz. TİSK (2003), 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Ankara; ayrıca bkz. yukarıda aşağıda I(5) ve aşağıda dn.26.
- 7 Süzen (Ayşe) v. Zehnacker Krankenhausservice etc (ECJ case C-13/95), (1997) ECR I-1259; ayrıca bkz. Oy Liikenne Ab v Liskojarvi (ECJ Case 172/99) [2001] IRLR 171.
- 8 1475 sayılı İşK. döneminde işyeri bölümünün devri ile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin birbirini dışlamadığı konusunda savunulan görüş için bkz. Ekonomi (2000), s.325-361; 2002 tarihli İş Kanunu Tasarısı tartışmaları sırasında aynı yöndeki görüş için bkz. Ömer Ekmekçi (2002), 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, s.88; Söz konusu görüşü, ATAD yorumlarıyla gerekçelendiren ve ATAD yorumlarının Türk Hukuku açısından da bağlayıcı olduğu yönündeki görüş için bkz. Gülsevil Alpagut (2004), 4857 Sayılı İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşverene Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, Ankara, İNTES Yayını, s.21-23; aynı yazar (2009), İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin

- Feshi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul, s. 290-300; Kübra Doğan Yenisey (2007), İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul, Legal Yayıncılık; aynı yazar (2009), İşyerinin Devri Bakımından “İşyeri” Kavramı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul, s.162-167; Ercüment Özkaraca (2008), İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul, s.80-163; Nurşen Caniklioğlu (2008), İstihdamda Yeni Eğilimler, II. Çalışma Yaşamı Kongresi Tartışma ve Panel Notları, İş Müfettişleri Derneği Ankara, s.29-30.
- 9 Bkz. Catherine Barnard (2006), EC Employment Law, Third Edition, New York: Oxford University Press, s.619-671.
- 10 Spijkers v. Benedik (Case 24/85) (1986) ECR 1119; Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Molle Kro (Case 287/86) (1987) ECR 5465; Dr Sophie Redmond v. Bartol (Case 29/91) (1992) ECR I-3189.
- 11 Barnard (2006), s.619-671.
- 12 Spijkers v. Benedik (Case 24/85) (1986) ECR 1119.
- 13 Bork International v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Case 101/87) (1988) ECR 305; Dr Sophie Redmond v. Bartol (Case C-29/91) ECR I-3189; Tor Angeir Ask and Others v. ABD Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS (Case E-3/96) Advisory Opinion of the Court 14 March 1997, OJ 1997, C1 36/7.
- 14 Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen (Case C-392/92, (1994)) ECR I-1311 para. 16; Süzen (Ayşe) v. Zehnacker Krankenhausservice etc, para. 14.
- 15 Paul Davies (2001), Transfers of Undertakings, Silvana Scaria (ed.) Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice, Hart Publishing, Oxford, s.136; Barnard (2006), s.637.
- 16 Bkz. Brian Bercusson (1996), European Labour Law, London, s.234 vd.; A. Garde (2002), Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertaking, 39 CMLRev., s. 523-524.
- 17 Davies (2001), s.136; Barnard (2006), s.637.
- 18 Steven Lorber (2005), “United Kingdom”, Transfer of Undertakings, Ius Laboris, Bruxelles, <http://www.eapm.org/index.php/en/content/download/177/738/file/6c-TransferofUndertakings.pdf>
- 19 Bkz. Robert Upex/Michael Ryley (2006), TUPE: Law and Practice, Jordan Publishing Ltd., United Kingdom.
- 20 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation Case 105/84, para. 26. http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=684J0105
- 21 Karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Ius Laboris (2005), Transfer of Undertakings, Bruxelles, <http://www.eapm.org/index.php/en/content/download/177/738/file/6c-TransferofUndertakings.pdf>
- 22 Bkz. dn. 16.
- 23 Maria Norma Abela v. Pater Holding Company Limited, U.C.I.M. Co. Ltd, and Clentec Cleaning Services Limited, April 2008 – Civil Appeal Number 32/2007.
- 24 Bkz. Ali Güzel (2004), İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, s. 57-58; Hamdi Mollamahmutoglu (2004), 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş, C.7, s.4-5; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil (2006), 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül, S.3, s.63-64; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil (2006), İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, s.183-184; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil (2006), 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşyeri Devri, Yargıtay Dergisi, Temmuz, C. 32, S. 3, s.393-395; Fevzi Şahlanan (2007), İşyeri Devri İle Asıl İşveren-Alt İşveren, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım, s.3; Sarper Süzek (2008), İş Hukuku, 4. Bası, Beta Yayını, İstanbul, s.189-190; Şahin Çil (2009), Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul, s.27; Nuri Çelik (2009), İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, Beta Yayını, İstanbul, s. 45 vd.
- 25 Bkz. TİSK (2003).
- 26 Bkz. Ayşegül Eraltuğ Kökkılınç (2006), Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, s.85-118; Nurhan Süral (2006), AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi, İşveren, C. 44, S.7, s.52-55; Ertan İren (2008), Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, ÇEİS Yayını, Ankara, s.185-186.
- 27 Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul, s.72; Mustafa Alp (2002), Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul, s.91; Achim Seifert/Elke Funken-Hötzel (2005), Wrongful Dismissals in the Federal Republic of Germany, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 25, s. 487 vd.; Manfred Weiss/Marlene Schmidt (2008), Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, Netherlands, s. 271 vd.
- 28 Bkz. Kadriye Bakırcı (2006), İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran.
- 29 Yarg. 9. HD., 13.1.2005, E. 2004/33414, K. 2005/930.
- 30 Yargıtay da yukarıdaki kararında “...işverenden diğer bölümlerde süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçiler yerine güvenlik hizmetinde çalışan işçilerin değerlendirilmesi düşünülemez. Bu şekildeki bir değerlendirme istihdam fazlası olan işçi yerine, diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini gerektiren bir değerlendirme olur ki bu doğru gerekçe değildir” demektedir.
- 31 Kısa çalışmanın feshe oranla daha hafif bir önlem olup olmadığı konusundaki bir çalışma için bkz. Muhittin Astarlı (2010), Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl.5, sayı.17, s.74-88.