

# İŞE İADE DAVASINDA İŞ VERENİN İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARI

T.C.YARGITAY

## 9. HUKUK DAİRESİ

E. 2006/4878K. 2006/8253T. 3.4.2006

- İŞVERENİN FESİH NEDENİYLE BAĞLI OLMASI ( Feshin Geçerli Bir Nedene Dayandığını İspat Yükümlülüğü İşverene Ait Olduğu - İşveren İşletmesel Kararı Uygulamak İçin Aldığı Tedbirin Feshi Zorunlu Kıldığını Kanıtlamakla Yükümlü Olduğu )
- FESHİN GEÇERSİZLİĞİ VE İŞE İADE TALEBİ ( Fesih Nedeni Olarak Gösterilen Özellikle Kadro Daraltılmasının İncelenmesi İçin İşyerine İşçi Alımı ve Çıkarılmasını Gösteren Kayıtlar İlgili Kurumdan Getirilmesi Gereği )
- KADRO DARALMASI NEDENİNE DAYALI FESİH ( İşyerine İşçi Alımı ve Çıkarılmasını Gösteren Kayıtlar İlgili Kurumdan Getirilerek İşyerinde Keşif Yapılmalı ve İşyeri Kayıtları İncelenmesi Gereği - İşe İade Talebi )

4857/m.2/6-son, 18, 21

**ÖZET :** Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işyerinde meslek lisesi/yüksek okul mezunu olan ve test/çatı operatörü olarak üretim bölümünde çalışan davacının iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından kadro daralması sebebi gösterilerek feshedilmiştir. Görüldüğü, gibi davalı işveren fesih sebebinde, gerekçede gösterildiği şekilde, bölüm kapatma yoluna gitme, davacının hizmetine ihtiyacı kalmama ve yüksek okul mezunu nitelikli elemana gereksinimi gibi nedenlerden söz etmemiştir. İşveren fesih sebebi ile bağlıdır.

Özellikle kadro daraltılmasının incelenmesi için işyerine işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren kayıtlar ilgili kurumdan getirilmeli, işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile dava dışı kurdurduğu iddia edilen şirket arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-son maddesi kapsamında incelenmelidir.

**DAVA :** Davacı feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**KARAR :** Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı işverenin sektörde rakiplerin çoğalması, olumsuz ekonomik şartlar, rekabet koşulları ve maliyetlerin düşürülmesi nedeni ile, kadro azaltılmasına gidildiğini, 2000 yılında 1240 kişi çalışırken, son beş yılda 715 kişi çıkarıldığını, halen çalışan

525 personelden 282 kişinin elektronik-haberleşme-bilgisayar ve yazılım alanında, eğitim görmüş nitelikli AR-GE mühendisleri olduğunu, üretim bölümünde halen 25 işçinin çalıştığını, küçülmeye gidildiğini, işyerinde vasıfsız işçinin çalıştırılmayacağını, sadece ARGE bölümüne nitelikli yüksek okul mezunu lisans yapmış eleman alındığını, davacının çalıştığı üretim bölümünün tamamen kapatılma sürecine girdiğini, kademeli tasfiye edildiğini, feshin işyeri ve işletmeden kaynaklanan geçerli nedenle yapıldığını savunmuştur.

Mahkemece, savunma ve alınan bilirkişi raporundaki saptamalara değer verilerek, davalı işverenin işletmesel önlemler kapsamında bazı bölümleri kapatma kararı aldığı, öncelikle davacının çalıştığı üretim bölümünü, alt yükleniciler kullanarak tasfiye ettiği, nitelikli teknoloji kullanan eleman temin etme yoluna gittiği, üretim bölümünde 2000 yılında 227 işçiyi S. şirketine devrettiği, 1999 yılında bu bölümde 293 işçi varken 2005 yılında müdür ve sekreter dahil bu sayının 26 kişiye düştüğü, davalının üretim bölümünü başka firmaya devretmesi nedeni ile davacının hizmetine ihtiyacının kalmadığı, davalı işverenin üniversite mezunu elemanları ise AR-GE bölümüne mühendis olarak aldığı, teknik lise mezunu davacıya mühendis niteliği kazandırmayacağı, başka bir bölümde görevlendirme olanağının da bulunmadığı, davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili, bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz incelemeye dayalı olduğunu, bilirkişinin kendi içinde çeliştiğini, davacının çalıştığı bölümde sürekli fazla mesai yapıldığının kanıtlandığını, fazla çalışmaların kaldırılmadığını, esnek çalışma şekillerinin değerlendirilmediğini, davalının işçileri başka bölümde değerlendirme olanağını araştırmadığını, davalı işverenin asıl işi olan üretim işini kurdurduğu şirkete devrederek işçilerin haklarını kısıtladığını, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile kararı temyiz etmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde meslek lisesi/yüksek okul mezunu olan ve test/çatı operatörü olarak üretim bölümünde çalışan davacının iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından kadro daralması sebebi gösterilerek feshedilmiştir. Görüldüğü, gibi davalı işveren fesih sebebinde, gerekçede gösterildiği şekilde, bölüm kapatma yoluna gitme, davacının hizmetine ihtiyacı kalmama ve yüksek okul mezunu nitelikli elemana gereksinimi gibi nedenlerden söz etmemiştir. İşveren fesih sebebi ile bağlıdır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporları, davalı işveren tarafından sunulan tek taraflı belgeler ve dosya üzerinden hazırlanmış, işyerinde keşif yapılmamış ve objektif olarak denetim sağlayacak ilgili kurumlardan kayıtlar getirilmemiştir.

Davalı işverenin üretim bölümünü 2000 yılında 227 işçisi ile alt işverene devrettiği, ancak davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra halen aynı bölümde idari çalışan dahil 26 işçinin çalıştığı sabittir. Ayrıca, davalı işyerinde, halen çalışan 525 personelden 282 kişinin elektronik-haberleşme-bilgisayar ve yazılım alanında, eğitim gören yüksek okul mezunu, diğerlerinin ise bu nitelikte olmadığı davalının da kabulündedir. Davalı işverence kadro daraltılması çerçevesinde bir norm kadro uygulaması da yapılmış değildir. Diğer taraftan davalı tarafından, 2000 yılında 227 işçinin devredildiği üretim işinin, davalı işverence kurdurulan şirkete verildiği, bu işin asıl iş olduğu iddia edilmiş, mahkemece bu olgu üzerinde de durulmamıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin,işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak

feshedebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar 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 yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshin başvurulmaması gerekir. Kısaca, "fesih son çare olmalıdır" ( ultima ratio ) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-son 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. 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. 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."

Yukarıda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre, özellikle kadro daraltılmasının incelenmesi için işyerine işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren kayıtlar ilgili kurumdan getirilmeli, işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile dava dışı kurdurduğu iddia edilen şirket arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6- son maddesi kapsamında incelenmeli, sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkeleri çerçevesinde belirtilen olguları kapsayan bir değerlendirme yapılmalı, bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf eden, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi" ile istemin reddine karar verilmesi hatalıdır.

**SONUÇ :** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 3.4.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.