

Sayı: 389 • Ekim 2012

TEKSTİL İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI

Hukuk
74





TUTUKLULUK NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Karar İncelemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/12385

Karar No: 2011/12782

Tarihi: 02/05/2011

Karar Özeti:

4857 Sayılı İş Kanunu'nda işverenin derhal fesih hallerinin düzenlendiği 25. Madde'ye IV. Bent eklenmek suretiyle işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması durumu özel olarak ele alınmıştır. Konu, 1475 Sayılı İş Kanunu döneminde anılan yasanın 17/III Maddesi kapsamında zorlayıcı neden sayılmakta ve bir haftadan sonra işverenin derhal fesih hakkı doğmaktaydı. 4857 Sayılı Kanun'un 25/IV Maddesi'nde ise bu gibi haller ayrıca düzenlenmiş ve işverenin fesih hakkının 17. Madde'de yazılı olan bildirim sürelerinin bitiminde ortaya çıkacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, tutuklanan bir işçinin tutukluluk süresi bildirim önellerini aşmadıkça, iş sözleşmesi işverence derhal feshedilemez.

Bildirim önellerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması halinde, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV Maddesi'nin uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlatımla, işverenin derhal fesih hakkı ancak, tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önellerini aşması halinde ortaya çıkar. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 40. Maddesi'nde, işçinin 25/IV. Bendi kapsamında çalışılmayan süre için ücret ödenmesine dair bir kurala yer verilmemiştir. Bu halde işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması sebebiyle çalışmadığı süre için ücret talep hakkı yoktur.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 25
1475 Sayılı İş K. Md. 14

Yargıtay Kararı

Davacı, kıdem tazminatı, izin alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş. Ç. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı işçi, işyeri ile ilgisi olmayan bir suç sebebiyle tutuklanması üzerine iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren, toplu iş sözleşmesinin 36. Maddesi uyarınca 30 günü aşan tutukluluk sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının reşit olmayan mağdureyi zorla alıkoymak ve ırzına geçmek, gasp ve tehdit suçlarından tutuklanması sebebiyle işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiği gerekçesiyle kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmiş, izin ücreti talebi kabul edilmiştir.

Kararı yasal süresi içinde davacı vekili temyiz etmiştir.

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. İşçinin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyumsuzluk söz konusudur.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesi'nin IV. Bendi'nde, işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın aynı yasanın 17. Maddesi'nde sözü edilen bildirim süresini aşması durumunda işverenin derhal fesih hakkının olduğu hükme bağlanmıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda işverenin derhal fesih hallerinin düzenlendiği 25. Madde'ye IV. Bent eklenmek suretiyle işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması durumu özel olarak ele alınmıştır. Konu 1475 Sayılı İş Kanunu döneminde anılan yasanın 17/III Mad-

desi kapsamında zorlayıcı neden sayılmakta ve bir haftadan sonra işverenin derhal fesih hakkı doğmaktaydı. 4857 Sayılı Kanun'un 25/IV Maddesi'nde ise bu gibi haller ayrıca düzenlenmiş ve işverenin fesih hakkının 17. Madde'de yazılı olan bildirim sürelerinin bitiminde ortaya çıkacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, tutuklanan bir işçinin tutukluluk süresi bildirim önellerini aşmadıkça, iş sözleşmesi işverence derhal feshedilemez.

Bildirim önellerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması halinde, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV Maddesi uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlamıyla işverenin derhal fesih hakkı ancak tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önellerini aşması halinde ortaya çıkar.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 40. Maddesi'nde, işçinin 25/IV. Bendi kapsamında çalışılmayan süre için ücret ödenmesine dair bir kurala yer verilmemiştir. Bu halde işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması sebebiyle çalışmadığı süre için ücret talep hakkı yoktur.

İş Kanunu'nun 25/IV Bendi'ne uyan fesihlerin geçerli nedene dayandığı açıktır. Şu hale göre geçerli fesih imkânı bildirim süresinin aşılması halinde ortaya çıkar.

İşçinin gözüaltında kaldığı veya tutuklu olduğu sürenin ihbar önellerini aşması halinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV Maddesi uyarınca fesheden işverenin bildirim şartına uyma, ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmama ile birlikte, kıdem tazminatı ödemesi gerekir.

Somut olayda davacının iş sözleşmesi işyeri dışında işlenen suçlar sebebiyle 30 günü aşan süreyle tutuklu kalması üzerine işverence toplu iş sözleşmesinin 36. Maddesi'ne göre feshedilmiştir. Sözü edilen hükümde tutukluluk süresinin 30 günü aşması halinde iş sözleşmesinin münfesh sayılacağı hükme bağlanmıştır. İşyeri ile ilgisi olmayan ve işyeri dışında işlenen suçlardan dolayı tutuklulukta geçen süreye bağlı olarak gerçekleştirilen fesih 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV. Maddesi'ne uygun olup 1475 Sayılı Yasa'nın 1. Bendi uyarınca davacı işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Mahkemece işteğin kabulü gerekirken yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02/05/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi:

1. Tutukluluk nedeniyle iş sözleşmesinin feshine karşı işçinin açtığı kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine ilişkin in-

celeme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV Maddesi ile ilgili olup kararda konu başka yönleriyle de ele alınmaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/III Maddesi uyarınca işçi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyma zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde işverenin ihbar süresine uymaksızın derhal fesih hakkı vardır. 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 17/III Maddesi'nde de aynı düzenleme mevcut idi. Ancak 4857 Sayılı İş Kanunu'nda 25'inci maddeye eklenen IV. Bent uyarınca konu işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle devamsızlığı özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması 1475 Sayılı Kanun döneminde söz konusu kanunun 17/III. Maddesi kapsamında zorlayıcı neden sayılmakta ve bir haftadan sonra işverenin derhal fesih hakkının doğduğu kabul edilmekte idi. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV Maddesi'nde ise bu konu özel olarak ve farklı bir şekilde düzenlenmiştir. 4857 Sayılı İş K. Md. 25/IV'e göre "işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. Madde'deki bildirim süresini aşması" bir haklı nedenle derhal fesih hakkı olarak düzenlenmiştir. Öte yandan İş K. Md. 25/IV'ün uygulanabilmesi için işçinin gözüaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olan olayın işyerinde veya işyeri dışına gerçekleşmesi, işçinin kusurlu veya kusursuz, ya da mahkum olup olmamasının bir önemi yoktur.

2. İnceleme konumuz kararın bir kıdem/ihbar tazminatı alacağının ödetilmesine ilişkin olması nedeniyle kararda üzerinde durulmamış, ancak uygulama açısından önemli olan ve karşımıza çıkabilecek bir başka konu, gözüaltı veya tutukluluk nedeniyle işçinin iş akdinin feshine karşı açması muhtemel işe iade davasında, geçerli sebep kavramının değerlendirilmesidir. Tutukluluk süresinin, kanunda belirtilen ihbar sürelerini aşmış olması halinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğduğunda kuşku yoktur. Böyle bir durumda yapılan fesihte, teorik olarak bir işe iade davası açsa bile, feshin haklı nedenle yapıldığı artık geçerli sebep kavramının araştırılmasının söz konusu olmadığı ve davanın reddi gerektiği izahtan varestedir. Buna karşılık tutukluluk (veya gözüaltı) nedeniyle yapılan bir fesihte, işveren yasada öngörülen süreleri (tutukluluğun yasal ihbar sürelerini açmış olmasını) beklemeksizin işçinin iş akdini feshetmesi halinde yapılan bu feshin, artık işverenin yaptığı haklı nedenle derhal fesih olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda işçinin kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı da talep edebileceğinin kabulü gerekir. Bu noktada kritik olan husus tutuklulukta geçmesi gereken süre dolmadan işverenin yaptığı fesih, hak-

lı nedenle derhal fesih sayılamaz ise de söz konusu fesih, bir işe iade davası açılması halinde geçersiz sebeple yapılmış bir fesih olarak da kabul edilecek midir? Kanaatimce 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/IV Maddesi çerçevesinde yapılan bir fesihte işçi kıdem tazminatına hak kazanmakta, ancak ihbar tazminatı talep edememektedir. Bu nedenle anılan maddede öngörülen süre, daha çok işçinin ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmaması hususu ile ilgilidir. Anılan maddede belirtilen süre dolmadan tutukluluk nedeniyle sözleşmenin feshi halinde işçi, yukarıda da belirtildiği gibi ihbar tazminatı talep edebilecektir. Ancak süre koşulu yerine gelmeden yapılan feshin aynı zamanda geçerli sebebe de dayanmadığı şeklinde peşin yargı isabetli bir çözüm tarzı değildir. Genelde de haklı sebep-geçerli sebep ilişkisinde, haklı sebep teşkil etmeyen pek çok halin geçerli sebep sayılabileceğinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde varılan bu çözüm tarzının isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında; yüz kızartıcı bir suçtan tutuklanan bir işçinin tutuklama nedeniyle devamsızlığı toplam 55 gün olup bu sürenin 4857 Sayılı Kanun'un 25/IV Maddesi'nde belirtilen süreden az ise de devamsız kalınan süre fazla olup bu durumun işin normal yürüyüşünü olumsuz etkilediği, bu durumda olayın özelliği de dikkate alınarak feshin geçerli sebebe dayandığını kabul ederek işçinin işe iade talebini reddetmiştir (Y. 9. HD. 3/4/2006-6097-8475 S. Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 2. Cilt, sh.1856).

3. İnceleme konumuz kararda üzerinde durulması gereken bir başka konu, Yüksek Mahkeme'nin "Bildirim önellerinin sözleşme hükmü ile artırılmış olması halinde, 4857 Sayılı Kanun'un 25/IV. Maddesi'nin uygulanması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerektiğine" ilişkin görüşüdür. Bu noktada öncelikle belirtelim ki, işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin taraflarının, tutukluluk (veya gözaltı) nedeniyle devamsızlıkta geçebilecek ve işverene haklı nedenle derhal fesih imkânı sağlayan süreyi açıkça arttırabilmelerine hukuki bir engel yoktur ve bu tür sözleşme hükümleri geçerlidir. Esasen bu husus İş K. Md. 25/IV'ün yürürlükte olmadığı 1475 Sayılı Kanun döneminde de zaman zaman toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenmekte olup bu tür sözleşme hükümleri geçerli idi. Günümüzde de toplu iş sözleşmeleri ile bu tür hükümler konulmuş ise söz konusu hükümler geçerli olup, bu durumda artık İş K. Md. 25/IV. hükmü değil toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanacaktır. Nitekim Y9HD'nin yukarıda belirttiğimiz 3/4/2006 tarihli kararında toplu iş sözleşmesi ile tutukluluk, yakalama, mahkumiyet nedeniyle işe gelemeyenlerin iş akdininin 150 gün feshedi-

lemeyeceği bu sürede işçinin ücretsiz izinli sayılacağı öngörülmüştür. Bu tür hükümlerin geçerli ve bağlayıcı olduğunda kuşku yoktur. Oysa Yüksek Mahkeme'nin kararında ifadesini bulan husus, belirtilen bu durumdan farklı olarak, İş K. Md. 25/IV'den hiç söz edilmeksizin, bir toplu iş sözleşmesiyle İş K. Md. 17'de öngörülen ihbar sürelerinin artırılmış olmasının İş K. Md. 25/IV'de de etkisini göstereceği ve tutukluluk nedeniyle işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisinin, artırılmış sürelerle göre belirleneceğidir. Toplu iş sözleşmesinde ihbar sürelerini arttıran tarafların artırılmış ihbar sürelerinin Kanun'un 25/IV. hükmünün uygulanmasında da dikkate alınacağını açıkça kararlaştırmış olmamaları halinde kanımca artırılmış ihbar sürelerinin İş K. Md. 25/IV'ün uygulanmasında dikkate alınması Toplu iş sözleşmesi taraflarının iradelerinin dışına çıkmak olacaktır. Kaldı ki Yüksek Mahkeme'nin bu yorum tarzında tutarlı olabilmesi için aynı yorumu yasal ihbar sürelerine yollama yapan İş K. Md. 25/1.(a)'daki uzun süreli hastalık halinde ve hatta İş K. Md. 17'deki kötü niyet tazminatının, ihbar sürelerinin üç katı tutarında olacağına ilişkin hükmün uygulanmasında da yapması gerekir. Oysa Yüksek Mahkeme kötü niyet tazminatı ile ilgili bir kararında artırılmış ihbar sürelerinin değil, yasal ihbar sürelerini dikkate almıştır (Y9HD 25/12/2003 - 21909/22733 Çalışma ve Toplum 2004/1-133-134). Ancak öğretilde bildirim süreleri artırılmış ise artırılmış sürelerin kötü niyet tazminatında da, İş K.Md.25/1a'da da dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüşlerde mevcuttur. (S. Süzek, İş Hukuku 3. Bası, İstanbul 2006, sh. 504, sh.476, 504; N. Mollamahmutoğlu, 2. Bası, Ankara 2005, sh. 495, 510, Arttırılmış Sürelerin İş K. Md. 25/1a ve 25/IV dikkate alınmaması yönünde Ş. Çil, II. Cilt sh.1829 dipnot 766, sh.1840).

4. İnceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında üzerinde durulması gereken son bir husus Yüksek Mahkeme'nin tutukluluk süresince işçinin ücretinin işlemeyeceğine ilişkin isabetli görüşüdür. Gerçekten de 4857 Sayılı İş Kanunu'nun zorlayıcı nedenle işyerinde işin durmasına ilişkin İş K. Md. 24/III ve 25/III'de işçiye bir hafta süre ile yarım ücret ödeneceğine ilişkin 40'nci Maddesi'nde işçinin 25/IV kapsamında çalışılmayan süreye ilişkin ücret ödenmesine ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle karar bu yönüyle isabetlidir.

SONUÇ: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin tutukluluk nedeniyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak İş K. Md. 25/IV'e ilişkin bu kararı; kararın artırılmış ihbar sürelerinin tutukluluk halinde de uygulanacağına ilişkin bölümü tartışılabilir nitelikte olmakla birlikte isabetlidir.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/27120

Karar No: 2011/5832

Tarihi: 01/03/2011

Karar Özeti:

Mahkemece şirketin tasfiyesinin ne aşamada olduğu Ticaret Sicil Memurluğu'ndan araştırılıp, tasfiye devam ediyorsa davanın tasfiye halindeki şirketin tasfiye memuruna yöneltmesi, tasfiye tamamlanmış, şirket sicilden terkin edilmiş ise davacı tarafa şirketin ihyası için süre verilip, sonucuna göre taraf teşkilinin sağlanıp, yargılamaya devam edilmesi gerekirken usulünce taraf teşkili sağlanmadan yargılamaya devam edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmektedir.

3. Kabule göre de; davacı tanıklarının beyanlarıyla davacının 24 saat çalışıp 24 saat dinlendiği sabittir. Ancak dairemizin yerleşik içtihatları gereğince 24 saatlik çalışmadan 10 saat ara dinlenmesi düşürüldükten sonra günlük 14 saat çalışmasının bulunduğu, bunun yasal 11 saati aşan 3 saatlik kısmının fazla çalışma olduğu, böylece bir haftada 4 kez 24 saat çalıştığında $4 \times 3 = 12$ saat, diğer haftada 3 kez 24 saat çalıştığında $3 \times 3 = 9$ saat fazla çalışma yaptığının kabulü gerekirken, itibar edilen bilirkişi raporunda haftalık 45 saatlik normal çaluma esasına göre fazla mesai hesaplanması hatalıdır.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 17, 32, 41
1475 Sayılı İş K. Md. 14

Yargıtay Kararı

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma, genel tatil, yıllık izin, ücret ile hafta tatili ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş davalılar avukatınca da duruşma talep edilmiş ise de; duruşma gününün taraflara tebliği için davetiye yapıstırılacak posta pulu bulunmadığından duruşma isteğinin reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi Ü. A. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı vekili; müvekkilinin başka bir işyerinden emekli olduktan sonra 01.09.1998 tarihinde davalı A. E.'a ait servis mini-

büsünde o tarihteki adı Y. Turizm olan seyahat şirketinde şehir içi servis şoförü olarak çalışmaya başladığını, 1992 yılında A. E.'un B.Y. Turizm adıyla kendi hesabına otobüs işletmeye başladığını, davacının da aynı kişiye ait serviste işine devam ettiğini, 1993-1994 yıllarında yine aynı kişinin ortağı olduğu E. Turizm Ltd. Şti'ye ait araçların servis şoförlüğünü yaptığını, A.E.'un B.Y. Turizm Ltd. Şti'ni kurmasından sonra 2005 Şubat ayına kadar A. E. ve B.Y. Turizm Ltd. Şti. adına kayıtlı araçlarda servis şoförlüğüne devam ettiğini, 17 yıl boyunca sigortasız çalıştırıldığını, AŞTİ'deki servis hizmetleri belediyece kaldırılınca 2005 yılı Temmuz ayı sonunda iş akdinin feshedildiğini ileri sürerek kıdem-ihbar tazminatları, fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, ücret ve hafta tatili ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalılar vekili; davacının aynı anda birden fazla otobüs yazıhanesinde çalıştığını, müvekkillerinin sigortalı şoförleri olduğundan davacıyı sürekli çalıştırmadıklarını, işin yoğun olduğu hafta sonu ve bayramlarda yedekçi şoför olarak çalıştırıldığını, dava konusu alacakların zaman aşımına uğradığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkeme'ce, davanın kısmen kabulüne karar verilerek ücret ve hafta tatili ücreti dışındaki istemler hüküm altına alınmıştır.

Yargılama sırasında dosyaya getirtilen ticaret sicil kayıtlarından davalı şirketlerden E. Tur. Tic. San. Ltd. Şti'nin 23.06.2006 tarihinde tasfiyeye girdiği anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece bu hususta hiçbir işlem yapılmamış, tasfiye memuruna tebligat çıkarılmamış, önceki tarihli vekaletnameye göre bu şirketin de vekili olan davalı vekilinin katılımıyla davaya devam edilmiştir. Adı geçen şirketin tasfiyesiyle ilgili işlemlerin ne aşamada olduğu dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır.

Mahkemece şirketin tasfiyesinin ne aşamada olduğu Ticaret Sicil Memurluğu'ndan araştırılıp, tasfiye devam ediyorsa davanın tasfiye halindeki şirketin tasfiye memuruna yöneltmesi, tasfiye tamamlanmış, şirket sicilden terkin edilmiş ise davacı tarafa şirketin ihyası için süre verilip, sonucuna göre taraf teşkilinin sağlanıp, yargılamaya devam edilmesi gerekirken usulünce taraf teşkili sağlanmadan yargılamaya devam edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmektedir.

3. Kabule göre de; davacı tanıklarının beyanlarıyla davacının 24 saat çalışıp 24 saat dinlendiği sabittir. Ancak dairemizin yerleşik içtihatları gereğince 24 saatlik çalışmadan 10 saat ara dinlenmesi düşürüldükten sonra günlük 14 saat çalışmasının bulunduğu, bunun yasal 11 saati aşan 33 saatlik kısmının fazla ça-

alışma olduğu, böylece bir haftada 4 kez 24 saat çalıştığına 4 x 3 = 12 saat, diğer haftada 3 kez 24 saat çalıştığına 3 x 3 = 9 saat fazla çalışma yaptığıının kabulü gerekirken, itibar edilen bilirkişi raporunda haftalık 45 saatlik normal çalışma esasına göre fazla mesai hesaplanması hatalıdır.

Ayrıca Yerel Mahkeme'ce hüküm kurulurken ihbar tazminatı alacağına en yüksek banka mevduat faizi yürütülmesi, cümlenin sonunda yasal faiz yazılarak çelişkili, infazda tereddüt yaratacak şekilde hüküm kurulması da ayrı bir durum oluşturulması da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 01.03.2011 gününde oy birliğiyle karar verildi.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2010/47220

Karar No: 2011/4183

Tarihi: 21/02/2011

Karar Özeti:

Kanuni düzenlemeler gereği belediyenin kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, meslek ve beceri kazandırma görev ve sorumlulukları kapsamında bu tür hizmetleri üçüncü şahıslara yaptırması mümkündür. Davalılar arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda işe iade hükmünün sadece alt işveren aleyhine kurulması gerekir.

Davalı şirketçe temyiz dilekçesinde davacının kudeminin 6 aydan az olduğu ileri sürülmüşse de davacının daha önce de aynı işyerinde yine alt işveren işçisi olarak çalıştığı ve ihalenin davalı şirketçe kazanılması üzerine ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Buna göre işyeri devri söz konusu olduğundan önceki alt işveren nezdinde geçen çalışma süresi de dikkate alındığında kudeminin 6 aydan fazla olduğu kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş olması isabetli ise de davacının hangi davalı işyerine işe iadesine ilişkin hüküm kurulması hatalıdır. Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun olduğundan ve muvazaaya da dayanmadığından davacının gerçek işvereni olan davalı şirkete ait işyerine iadesine karar verilmesi gerekir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 2, 18-21

Yargıtay Kararı

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılar avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik Hakimi S. G. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili müvekkilinin Sarıyer Belediyesi'ne ait Bilişim Genç Evleri işyerinde eğitim unvanı ile davalılardan A. Eğitim Danışmanlık Organ. San. Ltd. Şti'nin işçisi olarak Sarıyer Belediyesi'nde çalıştığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı belediye vekili davacının davalı şirketin personeli olarak çalıştığını, yeni ihalenin başka bir firma tarafından kazanıldığını, davacı ile aralarında iş sözleşmesi bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı A. Eğitim Dan. Org. San. Ltd. Şirketi'ne usulüne uygun davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmalara katılmamış ve yazılı bir cevap da vermemiştir.

Mahkemece iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildiği sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi'nde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları yönetim hakkı kapsamında alabilir. 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 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, 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 Maddesi'nde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir, işveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçim-

sel 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 örneğinden 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 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 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 gerekli 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 denetimi 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

kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genci ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6 Maddesi'ne göre 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 (Dairemizin 24.11.2008 gün ve 40264-31891 Sayılı kararı). Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2'inci Maddesi'nin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanunu'nda 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 Kanunu'nun 2/7 Maddesi'nde 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 Maddesi'nde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, 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 halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun "Belediyenin Görev ve Sorumlulukları" başlığını taşıyan maddesinin a Bendi'nde "imar,

su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik, defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikah, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır” kuralına yer verilmiştir.

5393 Sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. Maddesi ile belediyelerin asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükme göre “belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri, araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir”. Böylece 67. Madde'deki 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 Maddesi'ne 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 kaldırmaktadır. Keza, Belediyeler Kanunu'nun 67'nci Maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı halinde geçersiz olacaktır (Dairemizin 21.04.2008 gün ve 13500-9243 Sayılı kararı).

Somut olayda davalı belediyece yapılan ihale sonucunda Bilişim Gençlik Evi Kütüphanesi'nin işletilmesi işi davalı şirkete verilmiş, davacı davalı şirketin işçisi olarak bu işte çalışmakta iken, iş sözleşmesi yazılı bir feshin bildirimi olmadan feshedilmiştir.

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemeler gereği belediyenin kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, meslek ve beceri kazandırma görev ve sorumlulukları kapsamında bu tür hizmetleri üçüncü şahıslara yaptırması

mümkündür. Davalılar arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda işe iade hükmünün sadece alt işveren aleyhine kurulması gerekir.

Davalı şirketçe temyiz dilekçesinde davacının kıdemini 6 aydan az olduğu ileri sürülmüşse de davacının daha önce de aynı işyerinde yine alt işveren işçisi olarak çalıştığı ve ihalenin davalı şirketçe kazanılması üzerine ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Buna göre işyeri devri söz konusundan önceki alt işveren nezdinde geçen çalışma süresi de dikkate alındığında kıdemini 6 aydan fazla olduğu kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş olması isabetli ise de davacının hangi davalı işyerine işe iadesine ilişkin hüküm kurulması hatalıdır. Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun olduğundan ve muvazaaya da dayanmadığından davacının gerçek işvereni olan davalı şirkete ait işyerine iadesine karar verilmesi gerekir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesi'nin 3. Fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1. Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,
2. İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının davalı Aksiyoner Eğitim, Danışm. Organ. San. Ltd. Şti'ye ait işyerindeki işine iadesine,
3. Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat miktarının feshin nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4. Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatını bu alacaktan mahsubuna,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 1.100 TL vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine,
7. Davacı tarafından yapılan (316.20) TL yargılama giderinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
- 8) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, birliğiyle 21.2.2011 tarihinde karar verildi.