

## YARGITAY

### 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2011/404

Karar No. 2011/732

Tarihi: 15.09.2011

İlgili Kanun / Madde

4857 S.İşK/18-21

- 
- **OTUZDAN İŞÇİ ÇALIŞAN İŞYERİ**
- **İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINA GİRME**
- 

**ÖZETİ** Dosya içeriğine göre, fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı 28'dir. Mahkemece ifade edilen, feshi takip eden ayda çalışan sayısı 32 olduğu ve işyerinin 30 işçi çalıştırabilecek kapasitede bulunduğu gerekçesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Diğer taraftan davacı vekilince işverenin Baumit şirketi ile aynı grupta yer aldığı, birinin yaptığı yalıtım malzemelerinin arasına diğerinin yaptığı kimyasal ürünün koyulduğu, dolayısıyla iki şirketin çalışan sayısının dikkate alınması gerektiği iddiası da, yargılama sırasında getirilen belgelere göre, söz konusu şirketin farklı bir tüzel kişilik olması, iki şirket arasında birlikte istihdam olgusunun iddia ve ispat edilememesi nedenleriyle yerinde değildir. Fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı 30'un altında olduğundan davacı işgüvencesi kapsamında olmayıp, işe iade isteğinin reddi gerekirken hatalı gerekçe ile kabulü bozmayı gerektirmiştir..

DAVA :Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

Davacı vekili, davacının raporlu olduğu sırada, telefonunun kapalı olduğu gerekçesi ile işveren tarafından savunmasının istendiğini, davacının yazılı olarak savunma verdiğini, işveren tarafından haksız ve kötü niyetli olarak hukuka aykırı şekilde davacının iş akdinin feshedildiğini, ancak davacıya yazılı fesih bildiriminde bulunulmadığını belirterek müvekkilinin işe iadesine ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının 26/12/2008 ve 11/01/2009 tarihleri arasında sağlık raporu almak suretiyle işine devam etmediğini, söz konusu sağlık raporunu da davalı işverene ulaştırmadığını ve konu ile ilgili davacı tarafından da herhangi bir açıklama yapılmadığını, davacının raporlu olduğu dönemde kendisinin ilgilenmekte olduğu müşterilerden işveren çok sayıda talep geldiğini, davacı tarafından yürütülmekte olan siparişlerin yerine getirilemediğini, davacıya telefonla ulaşılmaya çalışıldığını ancak telefonu kapalı olduğundan davacıya ulaşmanın mümkün olmadığını, siparişlerin gereği gibi yerine getirilememesi nedeniyle davalı şirketin zor durumda kaldığını ve müşterilerden bazılarını kaybettiğini, bazılarını da ciddi miktarlarda iskonto yapmak zorunda kaldığını, bu nedenle de 13/01/2009 tarihi itibarıyla davacının iş akdinin tek tarafı olarak feshedildiğini, davacının iş akdinin feshedildiği dönemde davalı şirket bünyesinde 28 işçinin çalıştığını,

dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin uygulanması için gereken işçi sayısının da mevcut olmadığını, bu nedenle de davalı şirket bakımından fesih bildirimini yazılı olarak yapılmasının zorunlu olmadığını, buna rağmen davacıya yazılı olarak fesih bildirimini yapılmak istendiğini ancak davacının fesih bildirimini tebliğ almadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının iş akdinin feshedildiği ocak ayını takip eden ayda 32 çalışan bulunduğu, işyerinin 30 işçi çalıştırma kapasitesi olduğu, davanın bir aylık hak düşürücü süre içinde açıldığı, işe iade davası koşullarının bulunduğu, davacının iş akdinin 13.01.2009 tarihli fesih bildirimini ile "raporlu olduğu dönemde telefonlara bakmadığından " bahisle sona erdirildiği, fesih bildirimini davalıya tebliğ edilemediğine dair ayrı bir tutanak tutulduğu, cevap dilekçesinde raporun zamanında ulaştırılmadığının iddia edildiği, davalının fesih bildirimindeki gerekçe ile bağlı olduğu, daha sonra fesih gerekçesini değiştiremeyeceği, ancak yeminle dinlenen tanık beyanına göre davacının raporunu faks ile gönderdiği, yine rahatsızlığı nedeni ile istirahatli olan davacının çalışmasının, işle ilgili telefonlara bakmasının beklenemeyeceği, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı değerlendirilerek işe iadeye karar verilmiştir. Hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı konusunda toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir.

Dosya içeriğine göre, fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı 28'dir. Mahkemece ifade edilen, feshi takip eden ayda çalışan sayısı 32 olduğu ve işyerinin 30 işçi çalıştırabilecek kapasitede bulunduğu gerekçesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Diğer taraftan davacı vekilince işverenin Baunit şirketi ile aynı grupta yer aldığı, birinin yaptığı yalıtım malzemelerinin arasına diğerinin yaptığı kimyasal ürünün koyulduğu, dolayısıyla iki şirketin çalışan sayısının dikkate alınması gerektiği iddiası da, yargılama sırasında getirilen belgelere göre, söz konusu şirketin farklı bir tüzel kişilik olması, iki şirket arasında birlikte istihdam olgusunun iddia ve ispat edilememesi nedenleriyle yerinde değildir. Fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı 30'un altında olduğundan davacı işgüvencesi kapsamında olmayıp, işe iade isteğinin reddi gerekirken hatalı gerekçe ile kabulü bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasasının 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 47.50 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
  5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.100.00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
  6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 15/09/2011 gününde oybirliği ile karar verildi.