

## YARGITAY

### 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/1709
Karar No.	2016/2919
Tarihi:	09.02.2016

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

- **MUVAZAA OLGUSUNUN RE'SEN ARAŞTIRILMASININ GEREKMEMİ**
- **OTUZ İŞÇİ ÖLÇÜTÜNÜN NİSBİ EMREDİCİ BİR DÜZENLEME OLMASI**
- **OTUZ İŞÇİ ÖLÇÜTÜNÜN FESİH TARİHİNDE İŞYERİNDE MEVSİMLİK, KİSMİ SÜRELİ, BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİYLE ÇALIŞMALARINA BAKILMAKSIZIN BELİRLENECEĞİ**

**ÖZETİ** 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışmak gerekir. Aynı

maddenin dördüncü fıkrasına göre işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. İşçi sayısına ilişkin bu hüküm nispi emredici olduğundan, daha az işçi sayısını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir. Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibariyle belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın fesih bildirimının tebliğ edildiği 16.12.2014 tarihinden itibaren bir ay içinde 14.01.2015 tarihinde süresinde açıldığı, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı, altı aydan fazla kıdeminin olduğu, işveren vekili olmadığı, işten ayrıldığı işyerinde en az otuz işçinin çalıştığı, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının işverence ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, kanuni süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının, davalı Bakanlığa ait işyerinde taşeron şirketlerin işçisi olarak 01.07.2007-31.12.2014 tarihleri arasında güvenlik görevlisi görevinde çalıştığı, iş sözleşmesinin 16.12.2014 tarihli fesih bildirimi ile Şirket ile davalı Kurum arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesi 31.12.2014 tarihinde sona ereceğinden, 31.12.2014 tarihi itibariyle feshedildiği, son taşeron şirketin olduğu anlaşılmıştır.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı, davacının en son sigorta bildirimlerinin yapıldığı ... Ltd. Şirketinin davaya dahil edilmesi gerekip gerekmediği ve fesih tarihi itibariyle işyerinde çalışan işçi sayısı hususları uyuşmazlık konusudur.

Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaası iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu sebebi ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasını gerektirmesi sebebi ile usul ekonomisine de uygun düşmez. Gerek daha önce işe iade davalarına bakan Yargıtay 9. Hukuk Dairesince ve

gerek Dairemiz tarafından davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Ne var ki, işe iade davası asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açıldığında asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açılmışsa taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanığı olduğunun kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisi olarak dikkat çekmiştir.

Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde kabul edilebilir yanığa dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu sebeple talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmadığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, Dairemizde yukarıda belirtilen içtihadın yeniden gözden geçirilerek değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur(6100 sayılı HMK.m.59). Şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir (PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s.223). Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usulî işlemler birbirinden bağımsızdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddî ve usûlî bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür.

Böyle olunca, işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece, dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde, diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir.

Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olarak kurulması veya muvazaaya dayanması halinde feshin geçersizliğine yönelik verilen karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaaya dayalı ilişkinin diğer taraf da işe iadenin mali sonuçlarından birlikte sorumlu tutulmalıdır.

Mahkemece, davalı olarak gösterilmeyen ... Ltd. Şirketine davanın teşmil edilmesi için davacıya süre verilerek, verilen süre içinde davacı tarafından bu dava arkadaşına davanın

teşmil edilmesi halinde işin esasına yönelik inceleme yapılması, davanın bu dava arkadaşına teşmil edilmemesi halinde ise davanın sıfat yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.

Ayrıca, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışmak gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. İşçi sayısına ilişkin bu hüküm nispi emredici olduğundan, daha az işçi sayısını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir. Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibarıyla belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır.

Dairemiz uygulamasına göre işe iade davalarında asıl işveren ile alt işveren şirketin birlikte dava edilmesi zorunludur. Somut olayda dava sadece asıl işverene açılmıştır. Bu isabetsizdir. Davacıya alt işverene karşı da dava yönetilmesi için süre verilmeli ve sonuca göre değerlendirme yapılmalıdır.

Somut olayda, mahkemece davalı Bakanlık ile taşeron şirketler arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaya dayanıp dayanmadığı incelenerek, muvazalı olmadığı tesbiti halinde son altişverenin fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibarıyla işçi sayısı, (işyerinde, konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılarak, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısının bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirleneceği gözetilerek, belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınarak) şüpheye yer bırakmayacak şekilde re'sen araştırılarak tesbit edilmeden eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir.

Kabule göre de davalı Sağlık Bakanlığı harçtan muaf olduğundan bunun gözardı edilmesi de hatalıdır.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, 09.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.