

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

|           |            |
|-----------|------------|
| Esas No.  | 2015/1998  |
| Karar No. | 2016/9145  |
| Tarihi:   | 22.03.2016 |

|                             |
|-----------------------------|
| <u>İlgili Kanun / Madde</u> |
| 4857 S. İşK. /4             |
|                             |

- ***İŞ YASASININ KAPSAMINA GİRİP GİRMEDİĞİNİN BELİRLENMESİNDE ESNAF DAHİL ÇALIŞAN SAYISININ ÜÇ KİŞİYİ AŞIP AŞMADIĞINA BAKILMASININ GEREKMESİ***
- 

**ÖZETİ** 5362 sayılı Kanununun 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde üç kişinin çalışması halinde, 4857 sayılı Kanununun 4.maddesinin (ı) bendi uyarınca, bu işyeri İş Kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri 4857 sayılı Kanuna tabi olacaktır.

DAVA : Taraflar arasındaki, kıdem tazminatı, aylık ücret, fazla çalışma, hafta tatili, resmi tatil ile yıllık izin ücretinin alacaklarına ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı sebeplerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmiş ve duruşma için 22.03.2016 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti.

Duruşma günü yapılan tebligata rağmen taraflar adına kimse gelmediğinden incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili işçinin kıdem tazminatı, aylık ücret, yıllık izin, fazla çalışma, hafta ve resmi tatil ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Öncelikle çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında, iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 1.maddesinin ikinci fıkrası gereğince, Kanunun 4.

maddesindeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir.

4857 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz.

507 sayılı Kanunun 2. maddesinde "İster gezici olsun ister bir dükkan veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar, ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, aynı niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir" denilmektedir.

507 sayılı Kanun, 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci cümlesi ile diğer kanunların 507 sayılı Kanuna yaptıkları atıfların 5362 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı Kanunun 4. maddesinde 507 sayılı Kanuna yapılan atıf, 5362 sayılı Kanuna yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkar tanımı değiştirilmiştir. Yeni Kanunun 3. maddesine göre esnaf ve sanatkar, ister gezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak belirtilmiştir.

507 sayılı Kanunda yazılı olan "geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin" sözcüklerine yeni Kanunda yer verilmemiştir. Yeni Kanunun değinilen hükmü karşısında, 21.06.2005 tarihinden sonraki dönem açısından İş Kanunu'nun kapsamı belirlenirken, "geçimini münhasıran bu işten sağlama" ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 sayılı Kanunun 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde üç kişinin çalışması halinde, 4857 sayılı Kanunun 4.maddesinin (ı) bendi uyarınca, bu işyeri İş Kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil

olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri 4857 sayılı Kanuna tabi olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının 10.06.2011-30.11.2012 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Dava, iş mahkemesi sıfatıyla açılmıştır. Mahkemece ise, 22.04.2014 tarihine kadar iş mahkemesi sıfatıyla davaya devam edilmiş, 22.04.2014 tarihli celsede davaya asliye hukuk mahkemesi olarak bakılmasına dair ara karar tesis edilmiş, 30.09.2014 tarihli celsede ise yeniden bir ara tesis edilerek davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılmasına karar verilmiştir. Söz konusu son ara karardan sonra , sifata ilişkin yeni bir ara karar tesis edilmemiştir. Gerekçeli karar başlığında davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakıldığı yazılmamış ise de, Yargıtay'a dosya gönderme formunda, davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılmış olduğu açıkça belirtilmiştir. Keza, mahkemece yargılamada tesis edilen son ara karar da, davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılmasına dairdir.

Mahkemece, gerekçeli kararda, uyuşmazlığın çözümünde davalının esnaf olduğu, taraflar arasındaki iş ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle, alacaklar Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu halde, mevcut kabule göre yapılması gereken, nihai karardan önce, davaya asliye hukuk mahkemesi olarak bakılmasına dair bir ara karar tesis edilmesidir. Öncelikle, bu yönün nazara alınmaması hatalı olmuştur.

4857 sayılı Kanunun 4.maddesinin (ı) bendi uyarınca, taraflar arasındaki ilişkinin, İş Kanunu kapsamında olup olmadığına yönelik uyuşmazlığın çözümünde ise, mahkemece, yapılan araştırma ve inceleme yetersizdir. İşyerinde çalışan kişi sayısının davalı dahil üçü aşmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde, işyerinin 5362 sayılı Kanunun 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin, serbest muhasebeci mali müşavir bilirkişi marifetiyle, işyerinde davalının defter ve kayıtları üzerinde inceleme yapılarak neticeye göre bir sonuca gidilmelidir. Taraflar arasındaki ilişkinin, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bulunmadığının anlaşılması halinde, ara karar tesisleriyle asliye hukuk mahkemesi olarak davaya bakılması gerektiği hususu gözardı edilmemelidir.

Yukarıda yazılı sebeplerden kararın bozulması gerekmiştir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.03.2016 gününde oybirliğiyle