

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/2, 18-21

İSTANBUL
BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ
28. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2021/2607

Karar No. 2022/1065

Tarihi: 09/06/2022

- **ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN BULUNMASI**
- **HER İKİ İŞVEREN İÇİNDE ARABULUCUYA BAŞVURULMASININ GEREKTİĞİ**
- **DAVA ŞARTI YOKLUĞU NEDENİYLE DAVANIN REDDİNİN GEREKECEĞİ**

ÖZETİ: Asıl işveren alt işveren ilişkisinin var olduğu somut olayda, asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurulmadığı anlaşılmış olup, dava şartının yerine getirildiğinden de söz edilemeyeceğinden, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır. Kamu düzeni incelemesi neticesinde davalı vekilinin istinaf başvurularının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Mahalli mahkemesinden verilen karar karşı **davacı ve davalı vekili** istinaf kanun yoluna başvurmuşlar ve dosya istinaf incelemesi yapılmak üzere dairemize gönderilmiş olmakla dosya incelendi.

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMA ÖZETLERİ:

İDDİANIN ÖZETİ: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacın m 2013 yılı Aralık ayı itibariyle Üsküdar Belediyesinde "Basın yayın ve sosyal medya personeli olarak Üsküdar Belediyesi İştiraki olan Üsküdar Kent Hizmetleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. bünyesinde çalışmaya başladığını ve iş akdinin 23.08.2019 tarihinde sona erdirildiğini» aldığı son ücretin net 3.150,00 TL olduğunu, iş akdinin, davalı işveren tarafından hiçbir haklı gerekçe ve neden gösterilmeden 23.08.2019 tarihinde

sözlü olarak feshedildiğini, iş akdinin feshi haksız, geçersiz ve kötü niyetli olduğunu, herhangi bir yazılı bildirim yapılmadığını, savunma alınmadığını ve feshin son çare olduğu ilkesine uyulmadan sözlü olarak fesih bildiriminde bulunduğunu, yazılı bu şekilde yaklaşık 150 çalışanın işine son verildiğini, konunun "Üsküdar Belediyesinde gerekçe gösterilmeden işten çıkarmalar" şeklinde basına da yansıdığını, davacının başarılı bir çalışan olması sebebiyle bu duruma bir anlam veremediğini» fesih sebebinin 04 koduyla tanımlanan "iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi" şeklinde bildirildiğini, fesihden sonra işverenliğin davacılara işe iade talebinden vazgeçmeleri koşuluyla kıdem ve ihbar tazminatlarını ödeyeceğini belirterek baskı uyguladığını, davacının buna rağmen dava açtığını, işverenliğin davacının hakkı olan tazminatlarını halen ödemediğini, feshin yaalı bildirim yapılmadan ve savunma alınmadan yapıldığını belirterek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesini talep etmiştir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının 01.04.2018 tarihinde müvekkili şirket bünyesinde kamyon/kamyonet şoförü olarak çalışmaya başladığını, iş akdinin 23.05.2019 tarihinde feshedildiğini, müvekkil şirketin ekonomik sıkıntılardan etkilendiğini, iş sahasında genel çapta daralmaya gittiğini, bu nedenle iş gücü fazlalığı çıktığını, bu iş gücü fazlalığının giderilebilmesi için müvekkil şirkete ait başka bir iş kolunda değerlendirilme imkânı bulunmadığını, davacının iş akdinin son çare olarak feshedildiğini, işe iade davası koşullarının oluşmaması sebebiyle davanın reddini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ:

1-Davanın **KABULÜ İLE,**

Feshin geçersizliğine ve davacının davalı şirket bünyesinde **İŞE İADESİNE** 4857 sayılı iş kanununun 21. Md gereğince davacının yasal süresi içerisinde başvurusuna rağmen davalı işverenin bir aylık yasal süre içerisinde davacı işçiyi işe başlatmaması halinde davacının hizmet yılı, yaptığı iş ve fesih sebebi göz önüne alınarak davalı işveren tarafından ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin taktiren **4 aylık brüt ücreti olan 16.269,80 TL olarak belirlenmesine**

4857 sayılı iş kanununun 21. Mad gereğince davacının işe iade için işverene süresi içerisinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık Net ücreti ile diğer yan haklarının toplamı olan **Net 13.103,86 TL ücret** davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

Davacının süresi içerisinde işe başlatılması halinde varsa ödenen kıdem ve ihbar tazminatının bu alacaktan mahsup edilmesine,

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ:

İstinaf yoluna başvuran davalı vekili tarafından ileri sürülen istinaf sebepleri:

1- İşletmesel karardan sonra işletmeye aynı meslek koduna mensup herhangi bir yeni işçi alımı da yapılmış değildir. Tüm sebeplerin işaret ettiği ve Yargıtay uygulamasının da desteklediği üzere müvekkil şirketin aldığı işletmesel karar, işveren tarafından amacına uygun bir şekilde tutarlı ve ölçülü olarak uygulanmış; davacının iş akdinin sonlandırılmasında dürüstlük kuralı ile keyfi davranmama ve feshin son çare olması ilkelerine de uygun hareket edilmiştir. Hülasa, fesih işleminin işletmesel karar açısından gerekliliği, feshin bu sebebe dayanması, şirkete bağlı diğer işletmelerde davacının faaliyet alanına giren işlerde istihdam açığı bulunmaması ve davacının diğer işletmelerde değerlendirilme imkanı olmaması sebepleriyle feshin İş Kanunu kapsamında geçerli bir fesih olduğu her türlü açıklamadan varestedir.

2- Bilirkişi raporunda müvekkil şirketin bu kararı, bilirkişi heyeti tarafından yerindelik denetimine tabi tutulduğuna irdelenmiştir. Ne var ki tarafımızdan talep edilen mevcut tüm evraklar özlük dosyası dahilinde sunulmuş olup bu evraklar, feshin geçerli olduğunu ortaya koyma açısından yeterli nitelikte olmasına rağmen mahkeme bu hususları dikkate almaksızın hukuka aykırı olarak davanın kabulüne karar vermiştir. Bu noktada istinaf dilekçemiz ile karara itiraz etme zarureti hasıl olmuştur.

3- Yerel mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda boşta geçen süre tazminatı hesaplanırken AGİ olarak bilinen asgari geçim indirimi de hesaba dahil edilmiş ve net ücretin üzerine AGİ dahil edilerek boşta geçen süre tazminatı hesabı yapılmıştır.

4-Dava ayrı bir tüzel kişiliği olan ve davacıyı bünyesinde barındıran esas işveren olan Üsküdar Belediyesi taraf gösterilerek açılmak yerine müvekkil şirkete açılmıştır. Husumet itirazımız bulunmaktadır.

İstinaf yoluna KATILMA YOLU İLE başvuran davacı vekili tarafından ileri sürülen istinaf sebepleri:

1- Davacının çalışma süresi 5 yıldan fazla olmasına rağmen, sayın mahkemece işe başlatmama tazminatının asgari sınırdan (4 ay) belirlenmesi, davacının çalışma yılı, yaptığı iş ve fesih sebebi dikkate alındığında hakkaniyete ve hukuka aykırı olduğunun kabulü gerekir.

Bu sebeple yerel mahkeme kararını sadece davacı yararına hükmolunan işe başlatmama tazminatının asgari sınır (4 ay) üzerinden belirlenmesi yönünden istinaf

ediyoruz. İşe başlatmama tazminatının davacının kıdem ve hizmet süresine göre daha yüksek ve fazla olması ve en az 6 aylık ücret tutarında belirlenmesi gerekmektedir.

UYUŞMAZLIK KONUSU HUSUSLAR:

İstinaf yoluna başvuran davacı ve davalı yönünden anlaşmazlık konusu hususlar:

1-Feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususu,

DELİLLER:

- 1.Davacı tanıkları
- 2.Davalı tanıkları
- 3.İşyeri ve SGK kayıtları
- 4.Bilirkişi incelemesi

Sigortalı işten ayrılış bildirgesinde işten ayrılış tarihi (23/08/2019), işten ayrılış nedeni kod (04-Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi,) olarak belirtilmiştir. Bildirgede SGK işyeri sicil numarası (1422060) ve (Üsküdar Kent Hizmetleri... Aş.) ünvanı olarak görülmektedir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ ve HUKUKİ SEBEPLER:

İlk derece mahkemesi tarafından “**Açılan davanın kabulü ile** ” şeklinde karar oluşturulmuştur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 355.maddesi uyarınca istinaf incelemesi, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir.

A-Başvuru dilekçesindeki itirazlar gözetilerek belirlenen uyuşmazlık konusu hususlar, işe iade davasının koşullarından sonra teker teker aşağıda irdelenmiştir:

İşe iade davasının koşulları:

İş yerinde 30 veya daha fazla işçi çalışıyor olması, iş sözleşmesi feshedilen işçinin en az 6 aylık kıdeminin bulunması, feshi yapılan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması, işçinin 4857 sayılı kanununun 18/ son maddesinde tanımlanan nitelikte işveren vekili olmaması ve davanın feshin tebliği tarihinden itibaren 1 ay içerisinde açılmış olması gerekmektedir.

Somut olayda, davalı iş yerinde 30'dan fazla işçinin çalıştığı, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı, davacının kıdeminin 6 aydan fazla olduğu, işveren vekili niteliği taşımadığı, davacının işten çıkartıldığı tarihin 23/08/2019 tarihi olduğu, fesih bildirimiminin aynı tarihte yapıldığı, davanın arabuluculuk sürecinden

sonra 14/10/2019 tarihinde yasal hak düşürücü süre içinde açıldığı anlaşılmıştır. Sonuç olarak davacının iş güvencesi kapsamında olduğu ve davanın hak düşürücü süre içerisinde açıldığı tespit edilmiştir.

Ayrıca feshin usulü yönünden (4857 S.K. m.19/1) yapılan incelemede davalı işverenlikçe feshin bildirimının **YAZILI** olarak yapılmadığı anlaşılmıştır.

İstinaf yoluna başvuran davacı ve davalı yönünden anlaşmazlık konusu hususların incelenmesi:

İlk derece mahkemesi, "...Dosyada herhangi bir fesih bildirimini bulunmamasıyla birlikte, davalı vekilinin; "müvekkil şirketin ekonomik sıkıntılardan etkilendiği, iş sahasında genel çapta daralmaya gittiği, bu nedenle iş gücü fazlalığı çıktığı, bu iş gücü fazlalığının giderilebilmesi için müvekkil şirkete ait başka bir iş kolunda değerlendirilme imkânı bulunmadığı, davacının iş akdinin son çare olarak feshedildiği" şeklindeki beyanından hareketle davalı şirketin ekonomik nedenlerle küçülmeye gittiği, feshin bu gerekçeye dayandırıldığı sonucuna varılmaktadır.

Dosya kapsamında bilirkişi heyetinden rapor alınmış, heyet raporunda "...Davacı taraf yazılı bildirimde bulunulmadığını ifade etmiş, davalı taraf açıklamalarında ise feshin nasıl bildirildiği hakkında bir beyanda bulunulmamıştır. Fesih sürecinde, yasada belirtildiği şekilde yazılı bir fesih bildiriminde bulunulmadığı anlaşıldığından, takdir ve değerlendirmesi Sayın Mahkemeye ah olmak üzere feshe ilişkin usul ve şekil kurallarına uyulmadığı, feshin bu nedenle usul yönünden geçersiz sayılması gerekeceği düşünülmektedir... Davalı şirketin bir belediye İştiraki olduğu da göz önüne alındığında, davacının işyerindeki tecrübesi dikkate alınarak görev ve pozisyon değişikliği yapılabileceği, mevcut işi veya kendisine uygun başka bir bölüm veya birimde çalıştırılması yoluna gidilebileceği, kendisine gerekirse bir alt pozisyon görevi teklif edilebileceği düşünülmektedir. Bu nedenlerle davalı işverenlik tarafından feshin son çare olması ilkesine uyulduğunun tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ispatlanamadığı sonucuna varılmıştır." tespitlerine yer verilmiş, heyet raporunda yer alan söz konusu tespitler Mahkememizce de dosya kapsamına uygun bulunmuş ve mevcut tespitler doğrultusunda davalı işverence gerçekleştirilen feshin biçimsel şartlara da uyulmadığından geçerli bir fesih olmadığı sonucuna ulaşılmış, açıklanan nedenlerle Mahkememizce feshin geçersizliğine ve davacının davalı bünyesinde işe iadesine karar verilmiş; davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarı davacının kıdemi dikkate alınarak taktiren 4 aylık brüt ücreti olarak, davacı işçinin işe iadesi

için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsiline karar vermek gerekmiş ve buna ilişkin aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur. .." gerekçesi ile davanın kabulüne karar vermiştir.

Davalı vekili işletmesel karar nedeniyle iş akdinin feshedildiğini ve feshin geçerli olduğunu, husumetin esas işveren Üsküdar Belediyesine yöneltilmesi gerektiğini, boşta geçen süre ücretine AGİ tutarının ilave edilmesinin hatalı olduğunu belirterek istinaf talebinde bulunmuştur. Davacı vekili ise davacının 5 yıldan fazla kıdemi bulunması nedeni ile işe başlatmama tazminatının daha yüksek ve en az 6 aylık ücret tutarında belirlenmesi gerektiğini belirterek istinaf talebinde bulunmuştur. Davalı vekili her ne kadar işletmesel nedenlerle iş akdinin feshedildiğini belirtmiş ise de dosya kapsamında yazılı bir fesih bildirimini bulunmadığı, feshin biçimsel koşullarına uyulmadığı, feshin son çare olması ilkesine de riayet edilmediği anlaşıldığından davalının istinaf taleplerinin reddine karar vermek gerekmiştir.

Dairemizce öncelikle işe iade davası açılabilmesi için gerekli olan ve resen gözetilecek kamu düzeni kapsamında bulunan dava şartları bakımından dosya incelenmiştir. Buna göre davacının Üsküdar Belediyesi'nde "basın yayın ve sosyal medya personeli" olarak davalı Üsküdar Kent Hizmetleri Ticaret ve Sanayi A.Ş işçisi olarak çalıştığı, buna göre davalının alt işveren Üsküdar Belediyesinin ise üst işveren konumunda bulunduğu, davalı ile davanın dışı Belediye Başkanlığı arasında bu türlü bir ilişki bulunduğu, dava dışı Üsküdar Belediye Başkanlığına yönelik zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulmadığı, Bu noktada, **Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin** " asıl işverene karşı arabuluculuğa başvurulmaksızın sadece alt işveren ile yürütülen arabuluculuk süreci sonunda, asıl işveren ile alt işveren aleyhine açılan işe iade davasında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de ele alınmalıdır. Kanunun açık hükmüne göre, davacı arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. İşçinin sadece alt işverene karşı arabuluculuğa başvurmasına rağmen hem alt işveren hem de asıl işveren aleyhine işe iade davası açması halinde, davanın "arabuluculuk şartının 7036 sayılı Kanunun 3. maddesinin on beşinci fıkrasındaki usule uygun olarak gerçekleşmemesi" sebebiyle usulden reddine karar verilmelidir. Bu halde, davacının 4857 sayılı

Kanunun 7036 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değişik 20. maddesine göre kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabileceği hususu dikkate alındığında, kanunun açık hükmüne uygun hareket edilmesinin işçinin hak arama özgürlüğünü engelleyecek bir hukuki sonuç yaratmadığı ifade edilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işe iade davalarında asıl işveren ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu ve işe iade davasında husumetin her iki işverene yöneltilmesi gerektiği yönündeki Dairemiz uygulaması halen geçerlidir. Arabuluculuğun 7036 sayılı Kanun ile dava şartı olarak uygulanmaya başlamasından önceki dönemde, davacının sadece alt işveren veya asıl işveren aleyhine işe iade davası açması halinde, davacıya davayı diğer işverene yöneltmesi için süre verilerek sonuca gidilmekteydi. Ancak, arabuluculuğun dava şartı olarak uygulanmaya başlamasından sonraki dönemde, hakkında arabuluculuğa başvurulmamış işveren yönünden bu uygulamanın sürdürülmesi fiilen mümkün değildir. Zira bu işveren hakkında usulüne uygun olarak başvurulmuş ve sonuçlandırılmış bir arabuluculuk aşaması bulunmamaktadır. Arabuluculuk dava şartı olup, Kanunun açık hükmü gereği asıl işveren ile alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları zorunlu olduğuna göre, bu eksikliğin sonradan sadece taraflardan biri aleyhine arabulucuya başvurularak tamamlanması imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı işçi asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurmadığı sürece, şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlarından birinin yargılama sırasında davaya dahil edilmesi suretiyle yargılamanın sürdürülmesi söz konusu olamaz. " şeklindeki 2021/9540Esas-2021/14240 Karar nolu ilamı da dikkate alınarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin var olduğu somut olayda, asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurulmadığı anlaşılmış olup, dava şartının yerine getirildiğinden de söz edilemeyeceğinden, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır. Kamu düzeni incelemesi neticesinde davalı vekilinin istinaf başvurularının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

B-Kamu düzeni açısından maddi-hukuki durumun incelenmesinde; ilk derece mahkemesinin kararında Dairemizce re'sen gözetilecek kamu düzenine aykırılık hallerinden hiç birisinin bulunmadığı saptanmıştır.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

A- Davalı vekilinin istinaf başvurusunun **KISMENKABULÜNE,**

B- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1,b-2. maddesi gereğince İlk Derece Mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA,**

C-1-DAVANIN USULDEN REDDİNE,

Harçlar Kanunu uyarınca alınması gereken 80,70 TL harçtan, peşin alınan 44,40 TL harcın mahsubu ile bakiye 36,00 TL harcın davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına,

İlk Derece Mahkemesince 06/08/2021 tarihinde ilgili vergi dairesine yazılan 680,00 TL Arabuluculuk Ücreti hususunda yazılan harç tahsil müzekkeresinin iadesinin istenilmesine,

Arabuluculuk ücreti olan 680,00 TL'nin davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına,

Davacı tarafından karşılanan harç ve yargılama giderleri üzerinde bırakılmasına,

Davalı tarafından karşılanan 162,10 TL istinaf başvuru harcı ile 1.143,00 TL yargılama gideri toplamı 1.305,10 TL'nin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

Davalı taraf yararına AAÜT uyarınca 5.100,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı tarafa ödenmesine,

Kullanılmayan gider ve delil avansı varsa karar kesinleştiğinde ve talep halinde ilgili tarafa iadesine,

Alınması gerekli 80,70 TL istinaf karar harcından peşin alınan 59,30 TL harcın mahsubu ile kalan 21,40 TL harcın davacıdan alınarak hazineye irat kaydına,

Davalı tarafından yatırılan 59,30 TL istinaf karar harcının karar kesinleştiğinde ve istek halinde davacıya iadesine,

Davalı tarafından yatırılan 162,10 TL istinaf başvuru harcının davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığından davalı yararına istinaf vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

Karar tebliğ ve harç tahsil müzekkeresi işlemlerinin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8/1-a maddesi uyarınca **KESİN** olmak üzere 09/06/2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.