

## HİZMET AKDI - HAKLI SEBEPLE FESİH

Yargıtay 4. Hukuk dairesi hizmet akdi bakımından bir takım meselelerin halline hizmet edebilecek bir karar vermiş bulunuyor. Kararın tahliline geçmeden önce, bizzat kararı olduğu gibi vermeği faydalı buluyoruz. Kararın tahlili sırasında mahallî mahkeme kararından da geniş ölçüde faydalanmamıza rağmen yer darlığı hesabına onu da aynen vermeğe imkân göremiyoruz:

**Dâva :** Dâva olunan Dernekte veznedar olarak çalışmakta olan müvekkilinin zimmet tahkikatından dolayı adlice tevkif olunarak neticede beraatine karar verilmiş ve dernekçe işine nihayet verildiği hakkında müvekkiline bir gûna tebliğat yapılmamış olmasına göre bu müddete ait maaşlarının verilmesi muktazi bulunmuş olduğu halde verilmemiş ve yeniden vazifeye de alınmamış olduğundan bahsile istihkakı olan cem'an 23754 lira 75 kuruşun tahsili isteminden ibarettir.

**Karar :** Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere, dâvacı tevkif sebebiyle vazife göremeyecek duruma düşmüş ve ücrete istihkak için vazifenin görülmesi veya vazifeye âmâde bulunması gerekli olup hizmet ifa edilmediği ve ifaya âmâde bulunulmadığı cihetle ücret ita edilemeyeceği derkâr bulunmuş ve bu sebeple hizmet akdinin feshedilmiş olup olmadığının tetkikine lüzum görülmemiş ve âmme hizmetinde çalışan memurlar hakkındaki maaş kanunları ile kabul edilen haktan dâvacının istifade edemeyeceği gibi beraatten sonra 60 yaşını doldurmuş olan dâvacıya iş verilemeyeceği Dernek Yönetmeliği icabından bulunmuş olmasına göre dâvanın reddine karar verildiğine dairdir.

**Temyiz eden :** Dâvacı vekili.

**Yargıtay kararı :** Dâvacının konusu K. derneğinin veznedarı olup zimmet suçundan dolayı tevkif edilen ve mahkemece beraatine karar verilmiş olan Dâvacının maaş ve sairesinin tahsili talebinden ibarettir. Dernek muhasebesinden vezneye tevdi edilen tediye senetlerinin gerek para miktarını tahrif gerek mahalli müretteplerine tediye eylememek suretiyle bazı suiistimallerin vukubulduğu zannı, yapılan acele tetkikat neticesinde anlaşıldığından tahkikat neticesine kadar dâvacı veznedarın kasa muamelâtını teşekkül edecek bir heyet huzurunda muhasebe me-

murlarından Ünsî Özok'a devretmesi lüzumuna 10/2/1941 tarihinde idare meclisince karar verilerek bu karar dâvacıya 11/2/1941 tarihinde tebliğ edilmek suretiyle işten el çektirilmiş ve sonradan adli makamlarca tevkif edilerek vazifesini yapmak imkânından mahrum kalmıştır. Borçlar kanununun 344. maddesine göre muhik sebeplerden dolayı taraflar bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilirler ve feshe sebep olan vakanın muhik olup olmadığına takdir yargıca aittir. Tevkif edilen bir kimsenin ne zaman tahliye edilemeyeceği önceden kestirilemeyeceğine ve dâvacı tevkif edilmekle vazifesini ifa edebilmesi imkânsız hale gelmiş olmasına binaen dâvalı Derneğin tevkif sebebiyle hizmet akdini feshe selâhiyeti vardır. Dernek, bu hakkını işten el çektirmek suretiyle kullanmış olmasına göre dâvanın reddine dair verilen hüküm neticesi itibarıyla usul ve kanuna uygun olup dâvacı vekili tarafından ileri sürülen itirazlar varit olmadığından reddiyle hükmün onanmasına ve temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına 31/1/1949 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

*Kararın tahlili :*

1 — Menafii umumiyeye hâdim bir dernek ile onun memurları arasındaki münasebetinin hukuki mahiyeti :

Elimizdeki kararın açıkladığı ilk mesele Kızılay gibi menafii umumiyeye hâdim bir derneğin bir memuru ile idame ettirdiği münasebetin bir hususî hukuk münasebeti, daha doğrusu bir hizmet akdi olduğudur. Filhakika bu memurların Ceza kanununun tatbikatında devlet memuru sayılacağı hakkındaki yargıtay içtihadı halen değişmemiştir. Bu içtihadın Cem'i İnanat nizamnamesinin 10. maddesine dayandığı ileri sürülüyor. 23 Teşrinievvel 1331 tarihli olan bu nizamnamenin 10. maddesine göre (hidematı umumiye ve mahalliye veya belediye veya Donanmaî Osmanî, Hilâliahmer ve emsali cemiyetler nam ve menfaatlerine olarak işbu nizamname ve cemiyatı mezkûrenin nizamâtı mahsusasına tevfikane suretiyle cem edilen nukut ve esham ve emval ve emlâki temellük eden veya zimmetine geçirenler ile itlâf ve helâk eyliyenler hakkında emvali umumiyeyi devleti temellük ve zimmetine geçiren veya itlâf veya helâk eyliyenlere mahsus olan ahkâmı cezaiye tatbik olunur). Yargıtayın içtihadı bu merkezdedir (bak. *Reşat Bayramoğlu*: Devlet idaresi aleyhine cürümler s. 9) ; Y. *Karayalçın* Kamuya yararlı müesseseler 1946 s. 84 ve sonrakiler başka fikirdedir. Bu müellifin zikrettiği Yargıtay I. Ceza d. sinin 11/1/1942 tarihli bir kararında Kızılay derneğinde çalışan ve zimmet ve ihtilâstan sanık bir kimsenin hem Cem'i İnanat nizamnamesinin 10. maddesi, hem de Ceza K. nun 279. maddesi dolayısıyla Ceza kanunu tat-

bikatında memur sayılması gerektiği fikrini müdafaa ettiğini öğreniyoruz.

Kamuya yarayan dernek memurlarının irtikâp, rüşvet, zimmete para geçirme.. gibi suçlardan dolayı 1609 sayılı kanuna tâbi oldukları, fakat kovuşturma için her hangi bir merciden izin almağa lüzum olmadığı tesbit edilmiştir (YGT. Hususî daire 2713/2742 sayı ve 21/8/1945).

Ceza hukuku alanındaki bu duruma mukabil bu derneklerle memurları arasındaki münasebet hususî hukuk alanında yer alan bir hizmet akdi olarak kabul edilmektedir (Bak. *Sıddık Sami Onar*: İdare hukuku I. basım s. 488; *Karayalçın*: Kamuya faydalı müesseseler (tez) s. 80-81). Şu halde böyle bir dernekte çalışan memur, dernek memurlar yönetmeliği bir çok bakımlardan Memurun kanunu hükümlerini andırsa dahi, işbu kanun hükümlerine sarih bir atıf olmadıkça bu hükümleri kıyasen dahi ileri süremeyecektir. Memur ile dernek arasındaki münasebeti tanzim eden kaideler ilk plânda, kanunun âmir hükümlerine aykırı olmamak şartı ile, derneğin tüzüğü veya memurlar yönetmeliği hükümleridir. Bu hükümler iltihakî bir mukavele sayılmaktadır (bak. *Karayalçın*, age, s. 81).

2 — *Böyle bir dernek memurunun ücretinin tâbi olacağı zaman aşım süresi :*

Memur ücrete müteallik dâvasını, tevkif edildiği 1941 yılından itibaren dâva tarihi olan 1948 yılına kadar işlediğini iddia ettiği aylıkların hepsine birden teşmil etmiştir. Dâva tarihinden itibaren geriye doğru beş yıldan evvelki ücretlerin zaman aşımına uğrayıp uğramadığı sorulabilir. Nitekim hâdisede dâvalı dernek vekili bu noktayı ortaya atmış, fakat mahallî mahkeme Borçlar Kanununun 126. maddesinde bahis mevzuu olan ücretlerin alelâde hizmetçi ve uşak kabilinden hizmetkârlara mahsus olup, dernek veznedarının ücretine tatbik edilemeyeceği gerekçesiyle bu def'i red etmiştir. Yargıtay bu noktaya ilişmediğine göre mahallî mahkemenin görüşünü benimsiyor demektir.

Bu noktada biraz durmak faydalı olacaktır. Her iki mahkemenin de hizmet akitleri arasında bir tefrik yaptıkları ve bir müessesede mühimce bir görev yapan hizmetlilerin ücret alacaklarının on yıllık umumî zaman aşımına, ev hizmetçisi, gündelikçi gibi kimselerin ücretlerinin ise beş yıllık zaman aşımına tabi olacağını kabul ettikleri görülmüyor. Kanunumuzun 126. maddesinin metni de biraz bu fikre hak veriyor gibidir: (başkalarının maiyetinde çalışan veya müstahdem olan kimselerin, hizmetçilerin, yevmiyecilerin ve amelelerin ücretleri hakkındaki dâvalar beş yıllık mürürü zamana tâbidir). Fakat bu maddedeki hükmün, bilhassa müs-

tahdem tabirinin çok geniş mânada alınması icap ettiği hususunda müellifler arasında görüş birliği vardır. Meselâ *Becker*'e göre (müstahdem) tabirinden sosyal durumu oldukça yüksek olan, hususiyle kendisi bizzat fiilen çalışmaksızın işçilerin işine nezaret eden veya bu işi sevk ve idare eden işçileri anlamak lâzımdır. Amelelerin ücret alacakları dahi işbu kısa zaman aşımına tâbi olduğuna göre müstahdem ve amele arasındaki tefrikin burada bir önemi yoktur. Gerek amele gerek müstahdem mefhumu için esas olan cihet ortada bir hizmet akdinin mevcut olması, sadece bir vekâlet akdinin bulunmamasıdır (*Becker*, Komm. z. Obligationenrecht, 2. bası mad. 129 N. 15). *Capitain*'e göre ücretinin tediye tarzı 333 (TBK. 326) ve feshi icbar şekli ise 347 (TBK. (340) maddelerde gösterilen bütün şahıslar 126. maddenin 3. bendinin son kısmında bahsedilen şahıslar kategorisine dahildir (*G. Capitaine: Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéance, 1937*). *Von Tuhr*'da aynı fikirdedir (La Partie générale du code fédéral des obligations s. 606 note 45). Kanunun metninde mevcut (müstahdem) tabirini yalnız hizmetcilere hasretmek için makul bir sebep gösterilemez. Yargıtay, dâvayı esasından red ettiği için bu noktanın ayrıca münakaşasına lüzum görmemiş olmalıdır.

### 3 — Hizmet akdinin muhik sebeplerden dolayı feshi kavramı :

Dâvacı müstahdem, kendisinin nezaret ve mesuliyeti altındaki serviste suiistimal yapılması üzerine 10/2/1941 tarihli idare heyeti kararı ile işten el çektirilmiş ve bu karar 11/2/1941 tarihinde kendisine tebliğ edilmiştir. İşten el çektirme kararında, tahkikatın neticesine kadar vevne işlerinden dâvacıya el çektirildiği bildirilmiştir. Mumaileyh 28/6/1941 tarihinde de tevkif edilmiştir. Bunun üzerine dernek idare heyetinin kararı ile tahkikat neticeleninceye kadar kendisine maaş verilmemesi karar altına alınmış, dâvacı aleyhine açılan ceza dâvasına müdahil sıfatı ile iştirak etmiş ve davacının yerine başka birini tayin etmiştir.

Dâvacı bütün bu muamelelere rağmen kendisi ile dernek arasındaki hizmet akdinin sona ermemiş bulunduğunu ve bu sebepten dolayı maaşa müstahak bulunduğunu iddia etmiştir. Bu iddiasını iki sebebe istinat ettirmiştir :

a) Dernek yönetmeliğine göre ihraç cezasının kendisine tebliği icap ederdi.

b) Kendisinin ihracı için Dernek yönetmeliğinde gösterilen sebeplerden hiç birisi mevcut değildir, ve yine bu yönetmeliğe göre (yönetmelikte gösterilmeyen sebepler haricinde bir memurun işine son verilemez).

a) Yargıtay, bu itirazlardan ilkinini şu suretle cevaplandırmıştır :  
 („.. veznedarın kasa muamelâtını teşekkül edecek bir heyet huzurunda muhasebe memurlarından ..... a devretmesi lüzumuna 10/2/1941 tarihinde idare meclisince karar verilecek bu karar dâvacıya 11/2/1941 tarihinde tebliğ edilmek suretiyle işten el çektirilmiş ve sonradan da adlî makamlarca tevkif edilerek vazifesini yapmak imkânından mahrum kalmıştır).

Görülüyor ki, Yargıtay işten elçektirme kararını şarta muallâk bir feshi ihbar olarak telâkkiye temayül etmiştir. (Tahkikat neticesine kadar davacıya işten el çektirilmesinin hukukî mânası, vâki ihtilâs ve sui-istimalde adlî makamlarca methaldar görüldüğü veya kusurlu sayıldığı takdirde bu ihbar kesinleşecekti. Davacının 28/6/941 tarihinde salâhiyetli adlî makamlarca tevkifi üzerine bu şart tahakkuk etmiş ve tevkif tarihinden itibaren hizmet akdi münfesihi olmuştur.

Vakıa feshi ihbar denilen hukukî muamele, inşai muameleler zümresine ithal edilmekte ve bu kabil muamelelerin şarta mütehammil olmadığı nazariyatta müdafaa edilmektedir. Meselâ *Von Tuhr*'a göre (gayesi göz önünde tutulunca inşai muamelelerin husuliyle ikale, feshi ihbar, rücu, takas'ın şarta bağlanamaması gerekir. Böyle bir beyanı hukukî durumu meskûklaştıran şarta tâbi kılmamalıdır, zira, diğer tarafa böyle bir meşkûk durum tahmil etmeğe kimsenin hakkı yoktur. Aynı sebepten dolayı inşai bir irade beyanı diğer tarafça malûm olmıyan mefruz, geçmiş veya halen mevcut bir vakıaya tâbi kılınmaz, s. 649). Schwarz da aynı fikirdedir (Borçlar hukuku dersleri 1948 s. 411). Bununla beraber *Oser - Schönenderger* bu hususta daha ihtiyatlı bir lisan kullanmaktadır. Bu müelliflere göre hizmet akdinin şarta bağlı olarak feshi caiz olup olmadığı böyle bir ihbar ile muhatabın hukukî durumu bakımından onun katlanması icap etmiyen bir meşkûkiyet hali doğup doğmamasına bağlıdır. Bu husus her hâdisede ayrıca tetkik edilmek icap eder. (Kom. z. *Obligationenrecht* 2. Teil s. 1313 N. 6).

Mamafih işbu hâdisede bahis konusu olan işten el çektirme kararını şarta bağlı bir feshi ihbar telâkki etmek doğru görülmesi bile, dâvacının tevkifinden sonra dernek tarafından alınan kararlarda bu mahiyeti görmek yine mümkündür. Filhakika Dernek, dâvacıya işten el çektirmek hâdisesi ile hasıl olan durumun tevkif ile kesinleşmesi üzerine Borçlar Kanununun 344. maddesi mucibince muhik sebeplere binaen haiz olduğu fesih salâhiyetini kullanmıştır. Bu husus, dâvacının maaşının kesilmesi, dâvacı aleyhine açılan ceza dâvasına iştirak, dâvacının yerine başka bir kimseyi tayin etmek hususunda Dernek idare kurulunca verilen kararlarla tecelli etmiştir. Filhakika, bütün bu hareketler dâvacıya Derneğin

hizmetine son vermek iradesini kâfi bir vuzuhla anlatmıştır. Feshin yazı ile ihbarı hususunda bir kanunî mecburiyet yoktur. İşverenin fesih iradesini kâfi bir vuzuhla diğer tarafa bildirmesi kâfidir (*Oser-Schönenberger* mad. 347 N. 10).

b) Dâvacı kendisinin ihracı için dernek memurlar yönetmeliğinde yazılı sebeplerden hiç biri mevcut olmadığını ve bu yönetmelikte yazılı olmıyan bir sebeple bir memurun ihraç edilemeyeceği de yine yönetmeliğin sarıh bir hükmü icabı olduğunu ileri sürerek, feshin haklı ve muhter bir sebebe müstenit olmadığı iddiasını ileri sürmektedir.

Yargıtay kararında bu nokta açıkça halledilmemekle beraber zımnen halledilmiştir: Yargıtay, dernek yönetmeliğinde ihraç sebebi olarak gösterilmeyen bir halin dahi BK. 344 hükmüne göre fesih için haklı bir sebep olabileceğini zımnen kabul etmiş oluyor. Yargıtay'ın bu görüşü doktrine uygundur. Filhakika müellifler Borçlar Kanununun 344. maddesi hükmünü âmir kaidelerden saymışlardır (*Fick*, mad. 352 N. 6; *Adler* SJZ. cilt 9 N. 104; *Becker* İBK. şerhi mad. 352 N. 47; *Oser-Schönenberger*, mad. 352. 38; *Funk*, mad. 352 N. 1).

Bu itibarla hizmet akdinde veya memur yönetmeliğinde yer alan ve haklı sebeplerden dolayı hizmet akdinin feshi hakkını ortadan kaldıran hükümler bâtıldır. Bundan başka, mukavele veya yönetmelerde haklı fesih sebeplerinin *tahdidi* bir surette tadat edilmesi de tarafların bu sebepler dışında başka haklı sebepler ileri sürmesine asla mâni değildir (bak. *Becker*, mad. 352 N. 47; Bern iş mahkemesinin SJZ cilt 13 s. 108 de çıkan kararı; *Oser-Schönenberger* mad. 352 N. 39). Bu itibarla, Derneğin kendi memurlar yönetmeliği dışında haklı bir sebebe dayanarak veznedarın işine son vermesinde kanuna aykırı bir cihet yoktur.

4 — *Bir işçi veya müstahdemın bir suçtan dolayı tevkifi, hizmet akdinin feshi için haklı bir sebep teşkil eder mi?*

Mahallî mahkeme kararında bu cihet şu şekilde cevaplanmıştır: (Tevkif kararı, mucip sebeplerin dâvacı tarafından ihdası yüzünden verilmiş olmasına göre dâvacı kusurlu bulunmaktadır). Fakat mahallî mahkeme bu kanaatini 344. maddeye göre hizmet akdinin haklı sebeplerden dolayı feshi münasebetiyle değil, fakat 328. maddeye göre tazminat lâzım gelip gelmediği hususunu araştırırken izhar etmiştir. Bununla beraber aynı mülâhazayı, 344. madde münasebetiyle de izhar edebileceği açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay'a gelince, o meseleyi doğrudan doğruya 344. madde bakımından mütalâa etmiş, adlî makamlarca tevkif edilen bir işçinin sonradan beraat etmiş olmasına rağmen - vâki olan tevkifinin hizmet akdini

fesih için haklı bir sebep teşkil edip etmediği hususunun mahallî mahkemenin takdirine mevdu olduğunu beyan ettikten sonra aynen şöyle devam etmiştir : (Tevkif edilen bir kimsenin ne zaman tahliye edileceği önceden kestirilemeyeceğine ve dâvacı tevkif edilmekle vazifesini ifa edebilmesi imkânsız hale gelmiş bulunmasına binaen dâvalı derneğin tevkif sebebiyle hizmet akdini feshe selâhiyeti vardır. Dernek bu hakkını işten el çektirmek suretiyle kullanmış olmasına göre dâvanın reddine dair verilen hüküm neticesi itibariyle usul ve kanuna uygundur).

Yargıtay'ın bu görüşü de nazariyatta hâkim olan kanaate uygundur. Nitekim haksız yere bir işçinin tevkifi keyfiyetinin, askerlik veya hastalık gibi haklı ve meşru bir mazeret teşkil edemeyeceği *Becker* tarafından kabul edilmiştir (madde 335 şerhi, N. 7; Thurgau mahkemesinin o arada zikredilen kararı) *Oser - Schönenberger*'e göre işçinin kusuru olmaksızın uzun zaman iş göremez bir halde bulunması, meselâ kusuru olmaksızın tevkifi fesih için haklı bir sebep teşkil eder (bu müellifin zikrettiği Bern iş mahkemesi kararında altı günlük bir tevkifin hizmet akdini fesih için haklı bir sebep olmadığı belirtilmiş, aynı mahkemenin başka bir kararında altı hafta devam eden bir tevkif haklı bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. (*Oser - Schönenberger* mad. 352 N. 352 N. 26). İlâve etmek icap eder ki bu hâdisede de dernek memuru altı sene mevkuf kalmıştı.

5 — *İşçinin haksız tevkifi halinde BK. 328 madde hükmü tatbik edilebilir mi?*

Mahallî mahkeme, kararında bir aralık bu hususu münakaşa ve red etmiştir. Mahallî mahkemeye göre bir an için hizmet akdinin usulen feshedilmediği kabul olunursa, işçinin hizmet ifa etmemiş olmasına rağmen ücrete müstahak olabilmesi için memurlar yönetmeliğinde yazılı hastalık gibi bir halin tahakkuku veya BK. 328. maddede yazılı şartların tahakkuku lâzımdır. 328. maddenin tatbik edilebilmesi için:

a) Hizmetin hastalıktan veya askerlikten veya buna benzer bir sebepten dolayı ifa edilmemiş olması,

b) Hizmet mükellefiyetinin ifa edilememesi işçinin bir kusurundan ileri gelmemiş olmamalıdır,

c) İş görememe müddetinin nisbeten kısa olması lâzımdır. Mahallî mahkeme bu tevkifi, hâdisenin mahiyetine göre dâvacının kusuru ile ilgili gördüğü için bu maddenin tatbikinden imtina etmiştir. Yargıtay ise zaten hizmet akdinin haklı bir sebeple feshini kabul etmiş bulunduğundan bu maddenin münakaşasına girişmemiştir.

Prof. Kemal Fikret ARIK