

YARGITAY
22. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2013/21049
Karar No. 2013/19112
Tarihi: 17.09.2013

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

- **HİZMET ALIMININ ÖZEL KANUNLA DÜZENLENMİŞ OLMASI**
- **ÖZEL KANUNDAKİ DÜZENLEMeye GÖRE ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN 4857 SAYILI YASAYA AYKIRI OLMADIĞI**

ÖZETİ Somut olayda, davalı Sağlık Bakanlığı tarafından, Adana Numune Hastanesinde idarenin istemiş olduğu tetkiklerin yapılması için gerekli tüm cihaz, reaktif, kit, kontrol ve sarf malzemelerinin verilmesi Aile Sağlık Merkezlerinden alınan hasta örneklerinin laboratuvara taşınması, hasta ve test verilerinin kayıtlarının yapılarak barkot basılması ve çıkan sonuçların güvenli bir şekilde ilgili kurumalara ulaştırılması hizmetlerinin, hizmet alım sözleşmesi ile diğer davalı şirketten satın alındığı görülmektedir.

Yukarıda özetlenen 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu'nun 11. maddesi gereğince 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin III. Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı başlıklı kısmına eklenen fıkra hükümlerine göre, davalı Sağlık Bakanlığı ile davalı şirket arasındaki asıl işveren-alt işverenlik ilişkinin 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının iş sözleşmesinin başlangıcından itibaren davalı Sağlık Bakanlığının işçisi olduğunun kabul edilmesi hatalıdır

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

Hüküm süresi içinde davalı Sağlık Bakanlığı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi F. Benli tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, davalı Sağlık Bakanlığa bağlı ait Adana Numune Hastanesinde, diğer davalı şirketin işçisi olarak 14.10.2010-31.12.2011 tarihleri arasında çalıştığını, fiilen laboratuvar teknisyeni olarak görev yaptığını, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işveren verilemeyeceğinin düzenlendiğini, alt işveren ile davalı Sağlık Bakanlığı arasındaki ilişkinin muvazaalı olması sebebi ile iş sözleşmesinin başlangıcından itibaren davalı Sağlık Bakanlığının işçisi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı ve geçerli sebebe dayanılmaksızın feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı Sağlık Bakanlığı vekili; müvekkili idareye bağlı Adana Numune Hastanesine ait hasta tetkiklerinin yapılması işinin ihale kanuna uygun olarak davacının işvereni olan diğer davalı şirkete ihale

edildiğini, alınan işin uzmanlık gerektiren iş olması dikkate alındığında müvekkili idareye karşı açılan davanın husumet yönünden reddi gerektiğini savunmuştur.

Diğer davalı şirket vekili, Sağlık Bakanlığı ile müvekkili şirket arasındaki hizmet alım sözleşmesinin süresinin tamamlanması sebebi ile davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin haklı sebebe dayandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının davalı Sağlık Bakanlığına bağlı hastanede taşeron işçisi ve laboratuvar teknisyeni olarak çalıştığı, davalı Sağlık Bakanlığının asıl işi niteliğinde olan sağlık hizmetlerinin 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre alt işverenlere devredilemeyeceği bu sebeple davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu gerekçesi ile davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın kabulüne diğer davalı şirket aleyhine açılan davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davalı Sağlık Bakanlığı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.

Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde kanun koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Kanun'un 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 11. maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi" şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir.

Bilindiği üzere 24.07.2003 tarih ve 25178 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'unun 11. maddesi gereğince 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin III. Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı başlıklı kısmına eklenen fıkra ile "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." hükmü getirilmiş; sağlık ve yardımcı sağlık personeli tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen istihdam şekillerinden farklı olarak, gerektiğinde hizmet satın alma yolu ile de gördürülebileceği ve anılan hizmetin satın alma işlemlerine ilişkin esas ve usullerin de bakanlıkça tespit edileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede gerek Kanun'un tanzim şekli, gerekse satın alınacak olan sağlık hizmetinin diğer hizmet alanlarına nazaran haiz olduğu önem ve hususiyet göz önüne alındığında, bu kabil hizmetlerin satın alınması işlemlerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu kanuna dayanılarak nazırlanmış bulunan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği hükümlerinin bire bir uygulanma imkanının olmaması sebebiyle temel ilkeler ve kurallarda anılan kanun ve yönetmelik hükümlerine bağlı kalmak şartıyla, salt sağlık hizmetlerinin satın alma yoluyla gördürülmesine yönelik olarak bu esas ve usullerin hazırlanması zarureti doğmuş ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu ve Sayıştay Başkanlığının da uygun görüşü alınmak suretiyle bakanlıkça hazırlanmış bulunan bu esas ve usuller 05.05.2004 tarihli ve 25453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Somut olayda, davalı Sağlık Bakanlığı tarafından, Adana Numune Hastanesinde idarenin istemiş olduğu tetkiklerin yapılması için gerekli tüm cihaz, reaktif, kit, kontrol ve sarf malzemelerinin verilmesi Aile Sağlık Merkezlerinden alınan hasta örneklerinin laboratuvara taşınması, hasta ve test verilerinin kayıtlarının yapılarak barkot basılması ve çıkan sonuçların güvenli bir şekilde ilgili kurumlara ulaştırılması hizmetlerinin, hizmet alım sözleşmesi ile diğer davalı şirketten satın alındığı görülmektedir.

Yukarıda özetlenen 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması

Hakkında Kanunu'nun 11. maddesi gereğince 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin III. Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı başlıklı kısmına eklenen fıkra hükümlerine göre, davalı Sağlık Bakanlığı ile davalı şirket arasındaki asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının iş sözleşmesinin başlangıcından itibaren davalı Sağlık Bakanlığının işçisi olduğunun kabul edilmesi hatalıdır.

Davacı, diğer davalı alt işveren şirketin işçisi olduğundan Davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan dava reddedilmeli ve davacının işe iade istemi diğer davalı şirket yönünden kabul edilmelidir.

Belirtilen sebeplerle, 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2-Davalı Sağlık Bakanlığı hakkında açılan davanın taraf sıfatı yokluğu sebebiyle reddine,

3-Davalı Techno Health Laboratuvar Diagnostik Sağlık Hizmetleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti. hakkında açılan davanın kabulü ile;

4-İşverence yapılan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE,

5-Davacının kanuni sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak dört aylık ücreti olarak belirlenmesine,

6-Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

7-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

8-Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 1.320,00 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

9-Davacı tarafından yapılan 484,70 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, kesin olarak 17.09.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.