

## YARGITAY

### 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2017/41991
Karar No.	2018/222
Tarihi:	16.01.2018

<u>İlgili Kanun / Madde</u>
4857 S. İşK. /2

- **YARDIMCI İŞLERİN ALT İŞVERENE VERİLMESİNİN İŞLEME VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLER UZMANLIK GEREKTİRME GİBİ SINIRLAYICI BİR DÜZENLEMeye TABİ TUTULMADIĞI**
- **MUVAZANIN KANITLANMADIĞI GEÇERLİ ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ**

**ÖZETİ** Yapılan açıklamalar ışığında varılan neticede, hemzemin geçitlerin bakımı, işletilmesi, hemzemin geçitlerde gerekli güvenlik önlemlerinin alınması ve bu kapsamda hemzemin geçit bekçiliği işinin, davalının asıl işleri arasında olmadığı açıktır. Dairemizin 25/04/2017 tarihli 2017/30937 esas ve 2017/9566 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, söz konusu işlerin yardımcı iş niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

Dava dışı ilgili kamu idarelerine hemzemin geçitlerle ilgili yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmediği hemzemin geçitlerde, davalı TCDD tarafından gerekli tedbirlerin ( ilgili kamu kurum ve kuruluşları nam ve hesabına) alınmak zorunda kalınması ve bu doğrultuda hizmet alım sözleşmelerinin de yapılması, yaşanması olası can ve mal kayıplarının önüne geçilebilebilmesi amacını taşımaktadır.

Diğer taraftan, mahkemece muvazaa kabulüne yönelik karar gerekçesinde, davalı TCDD'nin, bir kısım bölgelerde hemzemin geçit bekçiliğinde kendi bünyesinde işçi çalıştırması olgusuna da dayanılmıştır. Ancak, yargılamada dinlenen tanıkların beyanlarından, davacının çalıştığı

hemzemin geçitte, davalı TCDD'nin işçisinin çalışmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, yardımcı işin bölünerek alt işverene verilmesinde mevzuat açısından bir engel de yoktur. Farklı hemzemin geçitlerde aynı nitelikteki yardımcı işte çalışan davalı TCDD'nin işçilerinin olması, asıl işveren-alt işveren ilişkisini kanuna aykırı ya da muvazaalı hale getirmez.

Yardımcı işlerin tamamen veya bölünerek alt işverene verilmesinde, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" gibi sınırlayıcı bir düzenlemeye de mevzuatta yer verilmemiştir.

Anılan sebeplerle, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olmadığı gibi muvazaaya da dayanmadığı anlaşıldığından, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir

MAHKEMESİ :İş Mahkemesi  
DAVA TÜRÜ : ALACAK

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi taraflar vekillerince istenilmekle, temyiz taleplerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi N. Özdamar Karakölah tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkili işçinin davalıya ait işyerinde hemzemin geçit bekçisi olarak çalıştığını, kayıtlarda ise hizmet alım sözleşmesi yüklenicisi alt işveren işçisi gösterildiğini, hizmet alım sözleşmesine konu işin davalının asıl işi olduğunu, iş yerinde işin sevk ve idaresinin davalı tarafından belirlendiğini, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını, müvekkilinin baştan itibaren davalının işçisi sayılmasını gerektiğini, buna bağlı olarak davalının kadrolu işçilerine sağlanan ücret ve diğer hakların müvekkiline de sağlanmasının zorunlu olduğunu, muvazaa sebebiyle müvekkilinin sendika üyesi olarak veya en azından dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının engellendiğini, davalının gerçek işveren olması sebebiyle kadrolu işçilere ödenen ücret miktarının müvekkiline ödenmemesinin eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürerek, davalının bağıtladığı hizmet alım sözleşmelerinin muvazaalı ve davacının başından

İtibaren davalı asıl işverenin işçisi olduğunun tespitiyle ücret farkı, toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar ile ilave tediye alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

#### Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, davacı ile müvekkili arasında iş sözleşmesi bulunmadığını, müvekkilinin ihale makamı olduğunu, hemzemin geçitler üzerinde gerekli güvenlik önlemleri alınması işinin müvekkilinin asıl veya yardımcı işi olmadığını, bu konudaki yükümlülüğünün ilgisine göre diğer kamu idarelerine ait olduğunu, ancak ilgili kamu idareleri tarafından anılan yükümlülüğünün ifa edilmediğinden, can ve mal kaybına sebebiyet verilmemesi için müvekkili tarafından vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda ilgili idarelerin nam ve hesabına tedbirler alındığını, yapılan işin bedelinin de ilgili kamu kurumundan rızaen veya yargı yoluyla tahsil edildiğini, muvazaanın söz konusu olmadığını, davacı tarafın iddia ve taleplerinde haksız olduğunu, taleplerin zamanaşımına da uğradığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

#### İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu, davacının, başından itibaren davalının işçisi sayılması gerektiğinden asıl işverenin emsal kadrolu işçisine ödenen çıplak ücrete ve ilave tediyeye hak kazandığı, ancak sendika üyesi olmaması ve dayanışma aidatı ödememesi sebebiyle toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ek haklardan yararlanamayacağı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

#### İstinaf başvurusu :

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

#### Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti :

Bölge Adliye Mahkemesince, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna yönelik İlk Derece Mahkemesi kararındaki değerlendirmenin yerinde olduğu, ancak hükme esas alınan bilirkişi raporunda, emsal alınan işçinin sendika üyesi olup toplu iş sözleşmesinden faydalandığı, davalıya ait işyerinde sendika üyesi olmayan emsal işçinin ise bulunmadığı, bu durumda sendika üyesi olmayan davacının fark ücret alacağına hak kazanmadığı, ilave tediye alacağının ise davacıya fiilen ödenen ücret üzerinden hesaplanması gerektiği açıklanarak, İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmesiyle, fiilen ödenen ücret üzerinden hesaplanan ilave tediye alacağı hüküm altına alınmış, sair taleplerin ise reddine karar verilmiştir.

#### Temyiz başvurusu :

Kararı, taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

#### Gerekçe:

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi; "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde

veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki" olarak tanımlanmış; aynı maddenin yedinci fıkrasında "asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez" kuralına yer verilmiştir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi için iki işverenin bulunması, mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin varlığı ve asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" unsurunun gerçekleşmiş olması gerekir. Bundan başka asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması veya daha önce asıl işveren tarafından o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması gibi muvazaa kriterlerinin bulunmaması icap eder. Aksi halde alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir.

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 Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.

Somut olayda, davacı, davalının taraf olduğu hizmet alım sözleşmesi kapsamında alt işveren bünyesinde, hemzemin geçit bekçisi olarak çalışmıştır. Hizmet alım sözleşmelerinin konusu, hemzemin geçitlerde bekçilik hizmeti alımına ilişkindir. Teknik şartnamelerde, hemzemin geçitlerinden emniyetle geçişi sağlamak üzere karayolu trafiği akışını engelleyecek bariyerin kapanması ve açılması, bariyer kapalı iken yaya veya hayvan geçişine engel olunması, hemzemin geçitin korunması, bakımı ve benzeri iş tanımlarına yer verildiği anlaşılmaktadır.

28/10/1984 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ana statüsünün ek 2. maddesinde (YPK'nın 27/04/1992 tarih ve 92/T.29 sayılı kararı ile eklenen), demiryolunun karayolu, köy yolu ve benzeri yollar ile yaptığı kesişmelerde demiryolunun ana yol sayılacağı, bu kesişmelerde yapılan yeni yolun bağlı olduğu kurum veya kuruluşun alt ve üst geçit yapmak ve diğer emniyet tedbirlerini almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun'un 9/2. maddesinde de, yukarıda belirtilen ana statü hükmü ile aynı doğrultuda düzenlemeye yer verilerek "(1) Demiryolunun karayolu, köy yolu ve benzeri yol ile gerçekleşen kesişmelerinde demiryolu ana yol sayılır ve demiryolu araçlarının geçiş üstünlüğü vardır. (2) Bu kesişmelerde, yapılan yeni yolun bağlı olduğu kurum veya kuruluş alt veya üst geçit yapmak ve diğer emniyet tedbirlerini almakla yükümlüdür." denilmiştir. 03/07/2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Demiryolları Hemzemin Geçitlerinde Alınacak Tedbirler ve Uygulama Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin 5. maddesinde ise, demiryolu hemzemin geçitlerinin yapımından karayolunun bağlı olduğu kurum ve kuruluşların sorumlu olduğu,

hemzemin geçitlerin bakımı, onarımı ve işletmelerinin, geçitten sorumlu kurum ve kuruluşların nam ve hesabına TCDD tarafından yapılacağı ve masrafların, karayolunun bağlı olduğu kurum ve kuruluşlara tahakkuk ettirilerek tahsil edileceği, bu durumun karayolunun bağlı olduğu kurum ve kuruluşun üçüncü kişilere olan (yönetmeliğin 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasından kaynaklanan) sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir.

Davalı vekili, hemzemin geçitlerle ilgili gerekli güvenlik önlemlerinin alınması yükümlülüğünün müvekkiline ait olmadığını, ancak hemzemin geçitlerden sorumlu ilgili kamu kurum veya kuruluşunun, yaşanan kazalara rağmen bu yükümlülüğu yerine getirmemesi sebebiyle, daha fazla can ve mal kaybının yaşanmaması için, müvekkili idare tarafından vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda, dava dışı kamu kurumları nam ve hesabına gerekli tedbirlerin alınmak zorunda kalındığını, bu işler için yapılan masrafların da yine dava dışı kamu kurumlarından rızaen veya yargı yoluyla tahsil edildiğini savunmuştur. Bu savunma doğrultusunda dosyaya sunulan çeşitli tarihlerde verilen mahkeme kararlarının incelenmesinden, TCDD tarafından, hemzemin geçitlerde bekçilik hizmet alımlarıyla ilgili masrafların tahsili istemiyle, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına karşı (Karayolları Genel Müdürlüğu'ne, Belediyelere) açılan alacak davalarında, hemzemin geçitlerle ilgili sorumlulukların TCDD'ye değil, kesifen yolun bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşlarına ait olduğu gerekçesiyle, davaların kabulüne karar verildiği ve bu yöndeki değerlendirmenin temyiz incelemesi neticesinde Yargıtay'ca da hukuka uygun görüldüğu anlaşılmaktadır (Örneğin; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22/10/2012 tarihli 2012/16715 esas ve 2012/24123 karar; 24/06/2014 tarihli 2014/2616 esas ve 2014/20919 karar sayılı kararları).

İlk Derece Mahkemesi kararında bahsi geçen, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 03/07/2014 tarihli raporunda, hemzemin geçitlerle ilgili yapılan benzer yöndeki hizmet alım sözleşmesinin muvazaalı olduğu tespit edilmiş ise de, bu tespite itiraz üzerine açılan davada verilen karar, Dairemizin 25/04/2017 tarihli 2017/30937 esas ve 2017/9566 karar sayılı ilamıyla bozulmuştur. Söz konusu bozma ilamında, hizmet alım sözleşmesine konu hemzemin geçitlerin korunması, bakımı ve işletilmesi işinin yardımcı iş olduğu, yardımcı işin bölünerek alt işverene verilmesinde mevzuat açısından bir engel bulunmadığı, asıl işveren TCDD'nin aynı yardımcı işte farklı hemzemin geçitlerde çalışan işçilerinin olmasının asıl işveren-alt işveren ilişkisini muvazaalı hale getirmeyeceği gerekçesiyle, muvazaa tespiti içeren müfettiş raporunun iptaline yönelik davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yapılan açıklamalar ışığında varılan neticede, hemzemin geçitlerin bakımı, işletilmesi, hemzemin geçitlerde gerekli güvenlik önlemlerinin alınması ve bu kapsamda hemzemin geçit bekçiliği işinin, davalının asıl işleri arasında olmadığı açıktır. Dairemizin 25/04/2017 tarihli 2017/30937 esas ve 2017/9566 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, söz konusu işlerin yardımcı iş niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

Dava dışı ilgili kamu idarelerine hemzemin geçitlerle ilgili yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmediği hemzemin geçitlerde, davalı TCDD tarafından gerekli tedbirlerin ( ilgili kamu kurum ve kuruluşları nam ve hesabına) alınmak zorunda kalınması ve bu doğrultuda hizmet alım sözleşmelerinin de yapılması, yaşanması olası can ve mal kayıplarının önüne geilebilebilmesi amacını taşımaktadır.

Diğer taraftan, mahkemece muvazaa kabulüne yönelik karar gerekçesinde, davalı TCDD'nin, bir kısım bölgelerde hemzemin geçit bekçiliğinde kendi bünyesinde işçi çalıştırması olgusuna da dayanılmıştır. Ancak, yargılamada dinlenen tanıkların beyanlarından, davacının çalıştığı hemzemin geçitte, davalı TCDD'nin işçisinin çalışmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, yardımcı işin bölünerek alt işverene verilmesinde mevzuat açısından bir engel de yoktur. Farklı hemzemin geçitlerde aynı nitelikteki yardımcı işte

alışan davalı TCDD'nin işçilerinin olması, asıl işveren-alt işveren ilişkisini kanuna aykırı ya da muvazaalı hale getirmez.

Yardımcı işlerin tamamen veya bölünerek alt işverene verilmesinde, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" gibi sınırlayıcı bir düzenlemeye de mevzuatta yer verilmemiştir.

Anılan sebeplerle, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olmadığı gibi muvazaaya da dayanmadığı anlaşıldığından, davanın tümden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16/01/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.