

YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2016/4877
Karar No.	2016/7913
Tarihi:	15.03.2016

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

- ***İŞÇİ TEMİNİNE DÖNÜK SÖZLEŞMENİN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN OLARAK KABUL EDİLEMEYECEĞİ***
- ***İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİNE GÖRE ÇALIŞTIRILAN İŞÇİNİN ASIL İŞVERENİN İŞÇİSİ SAYILACAĞI***
- 

**ÖZETİ** Davalı Belediye'nin 5393 sayılı Kanun hükümlerine göre asıl işini alt işverene vermesi mümkündür. Ancak bir iş verilmeyip sadece işçi temini söz konusu olduğunda artık asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Bu itibarla davacının ne zamandan beri davalı Belediye'nin işinde çalıştığı, ne iş ya da işler yaptığı belirlenmeli, daha sonra bu döneme ait davalılar arasında yapılan sözleşmeler getirilmeli, tanık beyanlarına başvurulmalı, gerekirse yerinde keşif yapılarak yukarıda yazılı ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak davalı ile İzmir Büyükşehir Belediyesi arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalılar avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

#### Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 07.05.2008 tarihinde İzmir Büyükşehir Belediyesi bünyesindeki şirketlerde çalışmaya başladığını, en son belediye otobüslerinin temizliğinde temizlik postası sıfatıyla çalıştığını, iş sözleşmesinin davalı işverenlikçe haksız olarak feshedildiğinden bahisle feshin geçersizliği ile işe iadesini talep etmiştir.

#### Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının ilk kez müvekkili şirkette 01.01.2011'de çalışmaya başladığını, müvekkil şirketin İzmir Büyükşehir Belediyesine bağlı hizmet birimlerine ihale suretiyle işçi temin ettiğini, yapılan feshin hukuka aykırı olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

#### Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece fesih bildiriminde gerekçe edilen açıklamanın kanunca korunan geçerli bir fesih sebebi olmadığı ve ispat yükü kendisinde olan davalı tarafın davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğini dosya kapsamına göre de başka bir delil ile ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karar, Dairemizin 22.01.2015 tarih 2014/karar sayılı ilamı ile "davalı şirketin işlerini yaptığı dava dışı E.. M..'ne davanın teşmil edilmesi için davacıya süre verilerek, dava teşmil edilirse yargılamaya devam edilerek tarafların delilleri toplanmalı, feshin geçerli ya da haklı sebebe dayanıp dayanmadığı tespit edilmeli, feshin geçersiz olduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde ise, alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığı anlaşılırsa asıl işveren işyerine iadeye, muvazaa bulunmayıp bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı sonucuna varılırsa alt işveren işyerinde ise iadeye ve kanuni haklardan alt işverenle birlikte asıl işverenin de sorumluluğuna karar verilmelidir." gerekçesi ile bozulmuştur.

Bozma sonrası dava dışı E.. M.. davaya dahil edilmekle sürdürülen yargılama sonucunda; mahkemece davalılar arasında muvazaalı işçi çalıştırma ilişkisinin bulunduğu, emsal ..... aracılığıyla Büyükşehir Belediyesi kapsamında yolcu taşınması sürecinde muvazaa iddiasına dayalı emsal 7. iş mahkemeleri ve diğer iş mahkemelerinin muvazaa tespitlerinin kabulüne ilişkin belediye işçilerinin açmış olduğu davalarda Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2015/4865 esas, 2015/19844 esas sayı ve 22.05.2015 tarihli içtihatları ile de gerekçe edildiği üzere davacının baştan beri .... işçisi sayılması gerektiği, fesih bildiriminde gerekçe edilen açıklamanın yasaca korunan geçerli bir fesih sebebi olmadığı ve ispat yükü kendisinde olan davalı tarafın davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğini dosya kapsamına göre de başka bir delil ile ispatlayamadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının asıl işvereni olan Eshot nezdindeki işine iadesine karar verilmiştir.

#### Temyiz:

Kararı davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

#### Gerekçe:

Davalı ..... ile E.. M.. arasındaki ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı ihtilafıdır.

Alt işveren; bir işyerinde 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 İş Kanunu'nun 2. maddesinde,

asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Kanun'un 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle 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. 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 ispatlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrı durumlara düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Kanuni olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine şartların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. 4857 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrası, 15.05.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilmiş ve alt işverenin işyerini bildirim yükümü getirilmiştir. Alt işveren bu bildirimini asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte yapmak durumundadır. Alt işverenlik sözleşmesi ilgili bölge müdürlüğü ile gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenecek ve kurumca re'sen muvazaa araştırması yapılabilecektir.

Muvazaanın tespiti halinde bu yönde hazırlanan müfettiş raporu ilgililere bildirilir ve ilgililer otuz gün içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İş Müfettişliği tarafından hazırlanan muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespit edildiği rapora ilgililerin süresi içinde itiraz etmemesi ya da mahkemece muvazaalı işlemin varlığına dair hüküm kurulması ve kararın kesinleşmesi halinde, alt işverenliğe dair tescil işlemi iptal edilir. Bu halde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve muvazaa konuları, 5763 sayılı Kanunlu iş kanununda yapılan değişiklikler ve buna bağlı olarak çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliği'nin ardından farklı bir anlam kazanmıştır. Yönetmelikte "yazılı alt işverenlik sözleşmesi"nden söz edilmiş ve çeşitli tanımlara yer verilmiştir.

Alt İşveren Yönetmeliğinde;

- 1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,
- 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,
- 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,
- 4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerine gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşmeler muvazaalı olarak açıklanmıştır.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesindeki tanım uyarınca asıl iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işi; yardımcı iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi ifade eder. Kanun, asıl işlerin alt işverene bırakılmasında aradığı - işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme- kriterini elbette yardımcı işler yönünden öngörmemiştir.

Mahkemece her ne kadar bozma ilamına uyulmuş ise de, davalı .... ile .... arasındaki ilişkinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı ve muvazaaya dayanıp dayanmadığı hususu mahkeme tarafından yeterli derecede araştırılıp değerlendirilmemiştir.

Davalı Belediye'nin 5393 sayılı Kanun hükümlerine göre asıl işini alt işverene vermesi mümkündür. Ancak bir iş verilmeyip sadece işçi temini söz konusu olduğunda artık asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Bu itibarla davacının ne zamandan beri davalı Belediye'nin işinde çalıştığı, ne iş ya da işler yaptığı belirlenmeli, daha sonra bu döneme ait davalılar arasında yapılan sözleşmeler getirilmeli, tanık beyanlarına başvurulmalı, gerekirse yerinde keşif yapılarak yukarıda yazılı ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak davalı ile İzmir Büyükşehir Belediyesi arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeple **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.