

YARGITAY

7. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2015/1427
Karar No.	2015/7370
Tarihi:	27.04.2015

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK. /2,32

- **MUVAZAA TESPİTİNDEN SONRA İŞÇİNİN İŞE ALINMIŞ OLMASI**
- **YENİ BİR MUVAZAA TESPİTİ OLMADIĞA ALT İŞVEREN İŞÇİSİNİN İLAVE TEDİYE ALAMAYACAĞI**

• **ÖZETİ** 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununda, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri ekli cetvellerde sayılmıştır. Bu cetvellerde Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu idareleri, Özel Bütçeli İdareler, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Sosyal Güvenlik Kurumlarında çalışanların kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

Sonuç itibari ile kapsam bakımından, Devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruluşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir.

Somut olayda, Davalının hizmet alım ihalesinin muvazaaya dayandığı yönündeki tespit nedeniyle taşeron işçisi olan davacının da ilave tediye alacağına hak kazandığı mahkemece kabul edilmiş ise de bu kabul hatalıdır.

Davalı işverenin 2008-2010 yıllarını kapsayan ve Tuğçe İnş. Tem. Tur. Taah. Ve Tic. Ltd. Şti ile yapılan temizlik işi yapan işçiler ve malzemeli yemek ihalesi

dışındaki hizmet alım sözleşmeleri hakkında kesinleşmiş bir muvazaa kararının varlığı tartışmasızdır. Davacı 2012 yılında, yani muvazaalı dönemden sonra işe girmiştir. Davacının otomasyon sekreteri olarak işe alındığı ve aynı işi yaptığı, davalı ile alt işverenler arasında muvazaalı ilişki dönemi sonrasında yeni bir muvazaalı ilişkinin ispatlanamadığı, yardımcı işler kapsamında çalıştırıldığı dikkate alındığında davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

..

Dava Türü : Alacak

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, dosya incelendi, gereği görüldü:

Davacı, davalı üniversitenin hizmet alımı yaptığı şirketler aracılığıyla üniversite hastanesinde otomasyon sekreteri olarak çalıştığını ve Bölge Çalışma Müdürlüğünün yaptığı muvazaa tespiti nedeniyle kendisine ödenmeyen yasal ilave tediye alacağının ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının kurumun işçisi olmadığı için ilave tediye alacağına hak kazanmadığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davacının ilave tediye ücretine hak kazanıp kazanmadığı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İlave tediye alacağının kapsamı, yararlanacaklar, yararlanma şartları, miktarı ve ödeme zamanı 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir. Kanunun 1 inci maddesinde, Devlet ve ona bağlı kurumların hangileri olduğu, ayrıca yararlanacak kişiler açıkça belirtilmiştir.

Buna göre;

İşveren kapsamı yönünden Devlete ve ona bağlı olmak üzere,

Genel, katma ve özel bütçeli daireler,

Sermayesi değişen kurumlar,

Sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlar,

Belediyeler ve belediyelere bağlı kuruluşlar,

3460 ve 3659 sayılı Kanun kapsamına giren, sermayesinin tamamı Devlete ait olan veya bu sermaye ile kurulan iktisadi Devlet kuruluşları,

3460 sayılı Yasa bugün itibari ile yürürlükte olan bir yasa değildir. 3659 sayılı Yasa ise, banka ve Devlet kurumlarında çalışan memurların aylıkları ile ilgili düzenleme getirmiş ve halen yürürlükte dir. Bu Yasanın 1 inci maddesinde, kapsama dahil kurumlar daha ayrıntılı açıklanmıştır.

Yukarıda belirtilen kurumlarca, sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan kuruluşlar ve bunların aynı nispette iştirakleriyle vücut bulan kurumlar, ticaret ve sanayi odaları ve borsalar veya satın alınıp belediyelere bağlanan müesseseler de Kanun kapsamına alınmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununda, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri ekli cetvellerde sayılmıştır. Bu cetvellerde Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu idareleri, Özel Bütçeli İdareler, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Sosyal Güvenlik Kurumlarında çalışanların kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

Sonuç itibari ile kapsam bakımından, Devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruluşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir.

Somut olayda, Davalının hizmet alım ihalesinin muvazaaya dayandığı yönündeki tespit nedeniyle taşeron işçisi olan davacının da ilave tediye alacağına hak kazandığı mahkemece kabul edilmiş ise de bu kabul hatalıdır.

Davalı işverenin 2008-2010 yıllarını kapsayan ve Tuğçe İnş. Tem. Tur. Taah. Ve Tic. Ltd. Şti ile yapılan temizlik işi yapan işçiler ve malzemeli yemek ihalesi dışındaki hizmet alım sözleşmeleri hakkında kesinleşmiş bir muvazaa kararının varlığı tartışmasızdır. Davacı 2012 yılında, yani muvazaalı dönemden sonra işe girmiştir. Davacının otomasyon sekreteri olarak işe alındığı ve aynı işi yaptığı, davalı ile alt işverenler arasında muvazaalı ilişki dönemi sonrasında yeni bir muvazaalı ilişkinin ispatlanamadığı, yardımcı işler kapsamında çalıştırıldığı dikkate alındığında davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 27/04/2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "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 ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır.

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olduğundan iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeler ve bağlı kuruluşların asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 5538 sayılı yasa ile eklenen 7 ve 8. fıkralara göre, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla sözleşme yapabilirler. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, toplu taşıma ve ulaşım hizmetleri, bakım ve onarım işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine istisna getirilmiştir. Ancak Belediyeler Kanunu'nun 67 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/8 maddeleri uyarınca bir işin veya hizmetin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin veya hizmetlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır. Madde de alt işverene verilmesi gereken Belediye'nin sayılan iş ve hizmetleri olduğu, ancak hizmet alımı yapılacağı, bu hizmetlerin yerine getirilmesi veya işlerin yapılması için eleman temin edilmesi halinde, hizmetin alınmadığı, işçilik temini için ihale yapıldığı iddialarının araştırılması gerekir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan kurum veya kuruma ait bağlı kuruluş tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile hizmeti alan işveren işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı hizmeti alana ait ise, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, ihaleye veren ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden sözedilemeyecektir. Hizmet alımı yapma ile bu hizmetin yürütülmesi için personel (işçi) temini farklı olgulardır. Hizmet alımı ve hizmetin yaptırılması ibarelerinin, iş mevzuatının yasakladığı ticari amaçlı işçi teminine olanak tanıdığı şeklinde yorumlanarak, sonuca ulaşılması hukuken mümkün değildir. Bunda kamu yararı da yoktur. Bu yönde yapılan ihale sözleşmeleri geçersizdir.

Diğer taraftan, bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta davacı işçi, davalı Üniversite'nin hizmet alımı yaptığı şirketler aracılığı ile bağlı hastanelerde çalıştırıldığını, alt işveren şirketlerle Üniversite arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu ve bu nedenle başlangıçtan itibaren gerçek işverenin, davalı Üniversite olduğunu ileri sürerek alacak talebinde bulunmuştur.

Davalı işverenin 2008-2010 yıllarını kapsayan hizmet alım sözleşmeleri hakkında kesinleşmiş bir muvazaa kararının varlığı sayın çoğunluğun da kabulündedir. Gerek yardımcı işlerde ve gerekse 657 sayılı yasanın 4924 sayılı yasa ile değişik 36. maddesi uyarınca sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin hizmet alımı yolu ile gördürülebileceği düzenlemesi doğrultusunda alt işveren işçisi olarak çalıştırılan işçilerin muvazaalı alt işverenlik iddiasına bağlı taleplerinin her olayın özellikleri göz önünde tutularak araştırılması ve HMK'nun 31. maddesinde öngörülen hakimnin davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda çözümlenmesi gerekir. Salt muvazaa olgusunun kesinleştiği 2008-2010 dönemi sonrası veya 657 sayılı yasanın 36. maddesi uyarınca yapılan hizmet alımı sözleşmesi ile çalışma olgusu, muvazaa varlığının bulunmadığına gerekçe olamaz. Mahkemece yapılacak iş yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda yürütülecek araştırma ile deliller toplanıp gerekirse mahallinde uzman bilirkişi marifeti ile inceleme yaparak elde edilecek verilere göre bir karar vermekten ibarettir. Bu hususlara değinmeyen Sayın Çoğunluğun bozma gerekçesine katılmıyorum. 27/04/2015