

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

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2010/36161
Karar No. 2010/31045
Tarihi: 01.11.2010

- **MUVAZAA**
- **ASIL İŞTE ÇALIŞIP ÇALIŞMAMAYA GÖRE YARDIMCI İŞLERDE İŞ ALAN ALT İŞVEREN İŞÇİSİNİN MUVAZAALI ÇALIŞIP ÇALIŞMADIĞININ BELİRLENMESİ**

ÖZETİ - Hemen belirtmek gerekir ki, davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanunun 2/6-7.maddesi uyarınca mümkündür. İdari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin idarece belirlenmesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür düzenlemelere yer vermesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir.

Davacının hastabakıcı gibi sağlık personeli sayılmasını gerektiren bir işte çalıştığının tespit

edilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı Kanunun 2.maddesine uygun olmadığı kabul edilerek davacının başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığının işçisi olarak sayılması gerekecektir. Bu durumda davacının üyesi olduğu ve sağlık iş kolunda kurulu sendikanın davacıyı temsilen dava açma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Davacının temizlik işleri gibi hastanenin yardımcı işlerinde çalıştığına ortaya çıkması halinde ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanununun 2.maddesine uygun şekilde kurulmuş olduğu sonucuna varılmalıdır. Kanuna uygun olarak kurulmuş olan ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisi ancak alt işverene ait işyerinin dâhil olduğu iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir. Bu durumda alt işverenin temizlik işçisi sağlık iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olamayacağından sendikanın davacıyı temsilen dava açma yetkisinden söz edilemeyecektir. Ancak bu halde dava hemen reddedilmemeli, davacıya davasını bizzat veya vekil aracılığı ile takip etmesi için tebligat yapılmalı ve sonucuna göre yargılamaya devam edilmelidir.

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S. Göktaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili davacının Sağlık Bakanlığına bağlı Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi bünyesinde yardımcı personel olarak çalıştığını asıl işvereni Sağlık Bakanlığı olmasına rağmen muvazaalı alt işverenlik sözleşmeleri ile şirket işçisi gibi gösterildiğini, tüm emir ve talimatları hastane personeli olan hemşire ve doktorlardan aldığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini,

boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir.

Davalı Sağlık Bakanlığı vekili, davacının temizlik işlerini üstlenen yüklenici firma işçisi olduğunu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulduğunu ve muvazaaya dayanmadığını, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dava açılmasından sonra davacının yeniden işe alındığı gerekçesi ile işe iade konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, dava açılmasına sebep olduğundan söz edilerek davalı Bakanlık aleyhine vekâlet ücreti hüküm altına alınmıştır. Karar davalı Bakanlık tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında temel uyuşmazlık davacının fiilen yaptığı iş ve sağlık iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olup olamayacağı ve dolayısıyla sendikanın dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı, ayrıca davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 3.maddesinin birinci fıkrasında "işçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur..." kuralı öngörülmüş; 22.maddesinin ikinci fıkrasında "bir işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışanlar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı Kanunun 32.maddesine göre sendikalar çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten hizmet akdinden doğan hakları konusunda üyelerini ve mirasçıları temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olabilirler.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, 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 gerekir. Alt işverene yardımcı iş, ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin

ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

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. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adı kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yansından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K).

Somut olayda davacı hasta bakıcı olarak çalıştığını iddia ederken, davalı Bakanlık davacının temizlik işlerine ilişkin yapılan ihale kapsamında yükleniciye bağlı temizlik elemanı olarak çalıştığını ileri sürmüştür. Hizmet alım sözleşmesi dosyada bulunmadığı gibi, davacının sürekli olarak fiilen yaptığı iş de açıklığa kavuşturulmamıştır. Öncelikle dava konusu işyerinde kayden davacının işvereni olarak gözüken firmanın tarafı olduğu hizmet alım sözleşmesi getirtilerek, 4857 sayılı İş Kanunun 2.maddesi yönünden incelemeye tabi tutulmalı, ayrıca varsa taraf tanıkları da dinlenerek davacının sürekli olarak fiilen yaptığı iş belirlendikten sonra sözleşme muvazaa yönünden de denetime tabi tutulmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanunun 2/6-7.maddesi uyarınca mümkündür. İdari ve

teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin idarece belirlenmesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür düzenlemelere yer vermesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir.

Davacının hastabakıcı gibi sağlık personeli sayılmasını gerektiren bir işte çalıştığının tespit edilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı Kanunun 2.maddesine uygun olmadığı kabul edilerek davacının başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığının işçisi olarak sayılması gerekecektir. Bu durumda davacının üyesi olduğu ve sağlık iş kolunda kurulu sendikanın davacıyı temsilen dava açma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Davacının temizlik işleri gibi hastanenin yardımcı işlerinde çalıştığının ortaya çıkması halinde ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanununun 2.maddesine uygun şekilde kurulmuş olduğu sonucuna varılmalıdır. Kanuna uygun olarak kurulmuş olan ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisi ancak alt işverene ait işyerinin dâhil olduğu iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir. Bu durumda alt işverenin temizlik işçisi sağlık iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olamayacağından sendikanın davacıyı temsilen dava açma yetkisinden söz edilemeyecektir. Ancak bu halde dava hemen reddedilmemeli, davacıya davasını bizzat veya vekil aracılığı ile takip etmesi için tebligat yapılmalı ve sonucuna göre yargılamaya devam edilmelidir.

Mahkemece yukarıda belirtilen yönlerden araştırma ve inceleme yapılmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 1.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.