

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

T.C.  
BURSA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ  
12. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2023/178  
Karar No. 2023/285  
Tarihi: 09/02/2023

**●İŞ GÜVENCESİ KAPSAMININ BELİRLENME-  
SİNDE OTUZ İŞÇİ KİSTASININ BELİRLENME  
ESASLARI**

**ÖZETİ** Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirim yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören

öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bordro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

**Davacı iddiası;** davacı vekili dava dilekçesinde özetle, müvekkilinin davalı Yalova Üniversitesinde 26/05/2015-31/12/2021 tarihleri arasında şoför olarak çalıştığını, müvekkilinin Yalova Üniversitesinde çalışmasına rağmen farklı alt işverenler işçisi olarak gösterildiğini, davalılar arasında muvazaalı olduğunu, müvekkilinin iş akdinin 31/12/2021 tarihinde hiçbir gerekçe gösterilmeden feshedildiğini beyanla müvekkilinin iş akdinin feshinin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

**Davalı savunması;** davalı vekili cevap dilekçesinde özetle, müvekkili Üniversite tarafından 3 adet hizmet aracının şoförlü olarak 35 ay süreyle kiralanması için hizmet alım ihalesi yapıldığını, sözleşmenin 3 yıllık belirli süreli olarak düzenlendiğini, davacının ihaleyi alan firma işçisi olduğunu beyanla husumet ve dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

**Mahkemece;** "davacının davasının kabulü ile, işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının davalı Yalova Üniversitesi Rektörlüğündeki işine iadesine, davacının işe iade için işverene süresi içerisinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının brüt 33.352,00 TL brüt olarak davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine, davacının yasal sürede işverene başvurusuna rağmen işverenin süresi içerisinde işe başlatmaması halinde

davalılarca müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat tutarının davacının 5 aylık ücret tutarı olan brüt 37.530,00TL brüt olarak belirlenmesine, davalılar arasında muvazaalı asıl-alt işverenlik ilişkisi bulunduğu tespitine, " şeklinde karar verildiği anlaşılmıştır.

**Davalı Emrullah Yılmaz istinaf sebepleri;** davalı vekili istinaf dilekçesinde özetle, müvekkil İle Yalova Üniversitesi arasında Hizmet Alımına Ait Sözleşme yapıldığını, mezkûr sözleşmenin süresinin bitmesiyle birlikte davacının iş akdi de otomatik olarak sona erdiğini, müvekkil ne işe iadeden ne de buna bağlı tazminatlardan sorumluluğu bulunmadığını, iş bitimi sebebiyle işçinin işine son verildiğini, müvekkilinin işe iadenin şartı olan sayıda işçi çalıştırmadığını, işe iadenin şartlarını taşımadığını, geçerli nedenle yapılan iş akdi feshi sonucu davanın müvekkil bakımından reddi gerektiğini, davacı tarafın asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna ilişkin iddiasının haksız ve hukuka aykırı olduğunu, sadece aynı işçiler ile işe devam edilmesi hususu muvazaanın varlığının ispatında yeterli olmadığını, muvazaa olgusu bakımından bu iki şartın birlikte gerçekleşmediğini, muvazaa iddiasının gerçek olmadığını, faiz bakımından ilişkin olarak faiz türü ve faiz başlangıcı taleplerinin hukuka aykırı olduğunu belirterek yerel mahkeme kararının müvekkil bakımından aleyhe olan yönlerinin bozulmasını istemiştir.

**İstinaf taleplerinin değerlendirilmesi ve gerekçe;** 6100 sayılı HMK'nın 355. Maddesi gereğince kamu düzenine aykırılık halleri dışında istinaf sebepleriyle bağlı olarak inceleme yapılmıştır.

Uyuşmazlık, asıl işveren olan davalı Yalova Üniversitesi Rektörlüğü ile alt işveren davalı arasında ilişkinin, muvazaaya dayalı olup olmadığına dolayısıyla davacının, davalı üniversitenin işçisi sayılıp sayılmayacağına ilişkindir.

4857sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin6. fıkrası "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 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. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden altişveren ile birlikte sorumludur." aynı maddenin 7. fıkrası ise "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." Hükümlerini içermektedir.

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-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, alt işveren işçisi, aynı madde uyarınca başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır. Böyle bir durumda işe iade isteyen alt işveren işçisinin asıl işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekir. Zira alt işveren gerçekte işveren değildir ve işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması, hangi alt işverenle çalıştıklarını bilmemesi gibi bulgular bu ilişkinin muvazaalı olduğuna işaret eden diğer özelliklerdir.

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 sözkonusu olacaktır.

Somut olayda, dosya içeriğine göre davalı asıl işveren ile diğer davalı alt işveren arasında3 adet hizmet aracının şoförlü olarak 35 ay süreyle kiralınması hizmetine yönelik sözleşme olduğu ve davacının yalnızca bu hizmet kapsamında şoför olarak çalıştığı açıktır. Davalı Kurum tarafından diğer davalı şirkete verilen iş yardımcı iş niteliğindedir. Yardımcı işin bir kısmının alt işverene verilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla, hizmet alımı yapılan yardımcı işte hem asıl işverenin hem de alt işveren işçisinin çalışması ve yine işçinin çalışma usulü ile bir takım özlük işlemlerinin asıl işveren tarafından belirlenmesi asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğine hanel getirmez. Bu itibarla davalı ile dava dışı şirket arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının davalı Kurumun işçisi olduğuna ilişkin tespit yerinde değildir. Dolayısıyla davalılar arasındaki ilişki usulüne uygun olarak kurulmuş asıl-alt işverenlik ilişkisidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümleri (18-21 Maddeleri) emredici hükümler olduğundan, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı resen araştırılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yaptığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimini yaptığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca

alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bordro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta; davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli ve hukuka uygun olduğunun anlaşılmasına göre, Mahkemece yukarıda belirtilen ilkeler ışığında araştırma yapılarak, fesih tarihinde davalı alt işveren şirkette davacının iş akdinin feshi tarihindeki işçi sayısının tespiti ile bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla sair istinaf talepleri incelenmeksizin davanın yeniden görülmesi için HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

**HÜKÜM:**

1-Davalı istinaf başvurusunun kabulü ile, 6100 sayılı HMK'nın 353/1-a-6 maddesi gereğince Yalova İş Mahkemesi'nin 2022/76 esas - 2022/691 karar sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,

2-Davanın yeniden görülmesi için dosyanın mahkemesine **İADESİNE**,

3-Davalı tarafından yatırılan istinaf karar harcının talep halinde mahkemesince **İADESİNİN** gerektiğine,

4-İstinaf nedeniyle yapılan yargılama giderlerinin ilk derece mahkemesince esasla birlikte verilen kararda değerlendirilmesine,

Dair dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-a maddesi gereğince **KESİN** olmak üzere, **OY BİRLİĞİ** ile karar verildi. 09/02/2023