

**KAMUDA ALT İŞVERENDE ÇALIŞANLAR İÇİN İŞ YASASINDAKİ
DEĞİŞİKLİKLER MUVAZAYI ORTADAN KALDIRMAZ**

**T.C.
YARGITAY
9. Hukuk Dairesi**

ESAS NO : 2008/1929
KARAR NO : 2008/20008
TARİHİ : 14.07.2008

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

- **KAMU KURULUŞLARI İÇİN ALT İŞVEREN KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN MUVAZAANIN UNSURLARINI ORTADAN KALDIRMADIĞI**
- **ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN MUVAZAA YA DAYANIP DAYANMADIĞININ BELİRLENMESİ**
- **ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ GEÇERLİ İSE ALT İŞVERENİN DAVAYA DAHİL EDİLMESİ**

ÖZETİ : 5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair bazı istisnalar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa kriterleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması yada muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüş olmakla kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. 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 Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen, işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Somut olayda, davalı şirket ile alt işveren olduğu belirtilen şahıs arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı, sözü edilen ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması halinde davanın alt işverene de yöneltilmesi ve şayet fesih geçerli nedene dayanmıyorsa işe iade hükmünün alt işveren aleyhine kurulması gerekir. Asıl işveren sadece başlatmama tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarından müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Kanuna uygun olmayan ve aynı zamanda muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise bu durumda davalı şirket hakkında hüküm kurulmalı, işverenlik sıfatı bulunmayan alt işveren hakkındaki davanın ise husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Görüldüğü gibi, husumet ve sorumluluk açısından alt işverenlik uygulamasının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olup olmadığının ve muvazaaya dayanıp dayanmadığının araştırılması ve incelenmesi gerekmektedir.

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

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

Davacı işçi davalı işverene ait işyerinde çalışmakta iken, 21.05.2007 tarihinde geçirdiği iş kazasından dolayı polis karakolunda verdiği ifadeden rahatsız olan işverenin sağlık raporunun sona erdiği gün iş başı yaptığında iş sözleşmesini geçerli neden olmadan feshettiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı Dentaş Gemi İnşa ve Onarım A.Ş., davacının diğer taşeron firmanın işçisi olduğunu, altı aylık kıdeminin bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı Mahmut Torlak Gemi İnşa San. Ve Ltd.Şti. usulüne uygun tebligata rağmen duruşmalara katılmamış, yazılı bir cevap da vermemiştir.

Mahkemece davacının çalışmalarının Dentaş Gemi İnşa ve Onarım A.Ş.'de geçmediği, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun davacı tarafından ispat edilemediği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile davalı Dentaş Gemi İnşa ve Onarım A.Ş. hakkında açılan davanın reddine, diğer davalı aleyhine açılan davanın ise kabulüne karar verilmiştir.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve 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 biri işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. Alt işverene yardımcı iş, yada asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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 Kanunu'nun 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 Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklara dair bazı istisnalar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa kriterleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması yada muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6.fıkrasında açık biçimde

öngörölmüş olmakla kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. 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 Kanunu'nun 5.maddesinde öngörölen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur.

Somut olayda davalı şirket ile alt işveren olduğu belirtilen şahıs arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesi anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı, sözü edilen ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması halinde davanın alt işverene de yöneltilmesi ve şayet fesih geçerli nedene dayanmıyorsa işe iade hükmünün alt işveren aleyhine kurulması gerekir. Asıl işveren sadece başlatmama tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarından müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Kanuna uygun olmayan ve aynı zamanda muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise bu durumda davalı şirket hakkında hüküm kurulmalı, işverenlik sıfatı bulunmayan alt işveren hakkındaki davanın ise husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Görüldüğü gibi, husumet ve sorumluluk açısından alt işverenlik uygulamasının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesine uygun olup olmadığının ve muvazaaya dayanıp dayanmadığının araştırılması ve incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, uzman bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle belirtilen yönlerden araştırma ve inceleme yapılmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.