

ESAS NO : 2021/9-811

KARAR NO : 2022/1592

T.C.

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO : 2021/9-811

KARAR NO : 2022/1592

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

Y A R G I T A Y İ L A M I

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Ankara 1. İş Mahkemesi

TARİHİ : 18/06/2021

NUMARASI : 2021/278-2021/308

DAVACI : Yağız Nahrın vekili Av. Lale Zolfo

DAVALI : AAAAA A.Ş. vekili Av. Gencay Rezes

1. Taraflar arasındaki “İşçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Ankara 1. İş Mahkemesinin davanın kabulüne dair kararına yönelik taraf vekillerinin istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesince verilen karar taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, İlk Derece Mahkemesince Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin BBBB Sendikasına üye olarak davalıya bağlı *** Barajı ve Hidroelektrik Santrali ve Yöresi İşletme Müdürlüğü (***) bünyesinde yer alan *** Barajı işyerinde alt işveren konumunda olan şirketlerin işçisi gösterilerek çalıştırıldığını ancak yaptığı işlerin davalının asıl işlerinden olduğunu, davalının 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesine aykırı şekilde asıl işini bölerek müvekkilinin işvereni olarak gösterilen alt işveren şirketlere ihale ile verdiğini, Ankara 4. İş Mahkemesinin 2014/633 Esas sayılı dosyasında 22.05.2014 tarihine kadar olan dönem yönünden davalı şirket ile alt işveren şirketler arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu kabul edilerek işçilik alacaklarının hüküm altına alındığını ve kararın Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından onandığını ileri sürerek, 22.05.2014 tarihinden dava tarihine kadar olan dönem için işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi gereği ödenmesi gereken iş güclüğü tazminatı, ikramiye, sosyal yardım ve ilave tediye alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı AAAAA A.Ş. (AAAAA AŞ) vekili cevap dilekçesinde; davacının müvekkili teşekküle bağlı olmakla birlikte daha sonra özelleştirilen santralde ihale ile iş alan şirketlerde çalıştığını, ihale edilen işin anahtar teslim verildiğini, bu nedenle müvekkili şirketin ihale makamı olduğunu, müvekkili şirketin asıl işveren olduğunu kabul etmemekle birlikte aksi düşünülse bile Elektrik Piyasası Kanunu’nun 15/g maddesi uyarınca asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olduğunu ve alt işveren işçilerinin müvekkili şirketin işçilerine tanınan haklardan yararlanmalarının mümkün olmadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Ankara 1. İş Mahkemesinin 02.04.2019 tarihli ve 2018/5 E., 2019/186 K. sayılı kararı ile; önceki çalışma dönemine ait işçilik alacakları istemiyle açılan davada muvazaanın kabul edildiği ve kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

7. Ankara 1. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur.

8. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin 05.11.2020 tarihli ve 2019/2460 E., 2020/2186 K. sayılı kararı ile; davacının davalıdan ihale ile iş alan değişen alt işveren şirketler yanında

işçi

olarak çalıştığı, eldeki davadan önce davacı tarafından davalı aleyhine aynı iddia ve talepler ile sürülerek açılan davada ilk derece mahkemesince davalı ile dava dışı alt işveren şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen kararın davacı vekilince istinaf edilmesi üzerine ilgili bölge adliye mahkemesince davalı ile dava dışı alt işveren şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden karar verilmek suretiyle dava tarihine kadar olan dönem için hesaplanan alacakların hüküm altına alındığı, bu kararın Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi tarafından onandığı, bu şekilde davalı ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunun kesinleştiği, eldeki davada önceki dava tarihinden sonraki döneme ilişkin talepte bulunulduğu, Yargıtay kararı ile sabit olduğu üzere davacının başından itibaren davalı şirketin işçisi sayılması gerektiği gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesinin vakıa ve hukukî değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle taraf vekillerinin istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

10. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 09.03.2021 tarihli ve 2021/1114 E., 2021/5860 K. sayılı kararı ile; davacının tüm, davalının sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra, "2-Taraf- lar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı ve muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı işçi, davalı ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu iddiasında bulunmuş, tazminat ve işçilik alacaklarına esas alınacak ücretinin davalının emsal işçilerinin ücretlerine göre belirlenmesini ve Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarını talep etmiştir. Somut uyuşmazlıkta, İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince davacının Ankara 4. İş Mahkemesinin 2014/633 esas, 2017/144 karar sayılı dosyasında açtığı davada muvazaanın olmadığına dair hükmün, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 2017/1060 esas, 2017/632 sayılı kararı ile kaldırılarak muvazaanın varlığının kabul edildiği, Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 2017/39085 esas, 2017/18834 karar sayılı ilamıyla Bölge Adliye Mahkemesi kararının kesinleştiği gerekçesiyle muvazaa olduğu kabul edilmiş ise de, işbu davaya konu işçilik alacakları daha sonraki döneme ait olup belli bir dönem için muvazaa tespit edilmiş olması tüm çalışma süresi için muvazaa varlığına delil olarak değerlendirilemeyecektir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçerli olarak kurulmuşsa muvazaa denetimi söz konusu olabilir. 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesine 09.07.2008 tarih ve 5784 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle ekle-

nen ve 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren fıkrası; "Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler" şeklindedir. Bu hüküm 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 14.03.2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup 6446 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile; "Lisans sahibi tüzel kişiler, lisansları kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olarak hizmet alımı yapabilirler. Ancak, bu durum ilgili lisans sahibi tüzel kişinin lisansın kaynaklanan yükümlülüklerinin devri anlamına gelmez. Hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılabilceği Kurul tarafından belirlenir" şeklinde düzenleme getirilmiştir.

AAAAA A.Ş.'nin 27.07.2006 tarih ve 26241 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ana Statüsünde, şirketin amacı aynen "kamu yararını gözeterek, karlılık ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde, güvenli sürekli, kaliteli, verimli, düşük maliyetli, çevreyi gözetir elektrik enerjisi üretimi ve satışı faaliyetinde bulunmak" olarak belirtilmiş olup, şirketin amaç ve faaliyetleri başlığı altında ise; "İlgili mevzuat hükümleri çerçevesinde üretim tesislerinde elektrik enerjisi üretmek", "Üretim tesislerinin işletilmesi ve kurulmasında diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu konulara ilişkin hizmet almak", "Elektrik üretimi için gereken her türlü etüt ve projeler ile inşaat ve tesisleri yapmak, yaptırmak ve söz konusu tesislerin proje, tesis ve işletme aşamalarında ülkemiz çevre mevzuatına uygun olmasını sağlamak amacıyla gerekli her türlü önlemleri almak ve kendi paylarına düşen hukuki ve mali sorumluluk, ilgili şirket veya kuruluşlarda kalmak üzere aldirmek", "Üretim tesislerinin yapılması, bakımı ve onarımı, rehabilitasyonu, işletilmesi ve genişletilmesi ile ilgili her türlü mal ve hizmetleri yurt içinden ve/veya yurt dışından tedarik etmek" "Amaç ve faaliyet konuları ile ilgili olarak ve sahip olduğu imkanlar kullanılarak bedeli mukabilinde, gerektiğinde araç ve gereç kiraya vermek ya da üçüncü şahıslardan kiralamak", "Elektrik üretiminde kullanılacak maden tesislerini kurmak, kurdurmak, işletmek veya hizmet alımı yoluyla işletirmek" "İlgili mevzuatta tanınan tüm hak ve yetkilerle faaliyette bulunmak" "Mevzuat hükümleri, çerçevesindeki diğer görevleri yapmak" olarak belirlenmiştir. 07.10.2020 tarih ve 31267 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan en son yenilenen ana statüsünde de şirket amaç ve faaliyetleri aynı şekilde düzenlenmiştir.

4628 sayılı Kanun gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerinin hizmet alımı yoluyla verilebileceğini düzenlemiş, 6446 sayılı Kanun ise bu hükmü yürürlükten kaldırmış Kurul tarafından belirlenecek işlerin hizmet alımı yoluyla verilebileceği öngörülmüştür. Bu nedenle öncelikle dava konusu dönem içindeki tüm ihale sözleşmeleri ve şartnameler getirtilerek, ihale ile verilen işin yardımcı iş olup olmadığı, asıl işin verilmesi halinde; ihale sözleşmelerinin tarihlerine göre 4628 sayılı Kanun döneminde ise "verilmesi gerekli" ve "üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işleri" ya da 6446 sayılı Kanun döneminde ise "Kurul tarafından belirlenen" işlerden olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Alt işverenlik sözleşmeleri bu kanunlara yani kanuni yetkiye uygun olarak yapılmış ise, İş Kanununda öngörülen "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren iş" ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde yer alan "mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş" şartı sınırlandırması burada aranmayacağından bu sözleşmeler geçerli olacaktır. Geçerli olarak yapılmış hizmet alım sözleşmelerinin varlığı halinde; gerekirse işyerinde keşif icra olunarak teknik bilirkişi marifetiyle fiilen alt işverene verilen işin ne olduğu araştırılmalı, davacı işçinin ihale ile verilen iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadığı belirlenmelidir. İşçinin alt işverene bırakılan işler dışında çalıştırılması yapılan sözleşmeleri muvazaalı hale getirmeyip, bu durum tespit edildiğinde sadece o

işçi

için asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarının oluşmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu durumda diğer işçiler açısından geçersizlik veya muvazaanın varlığından söz edilemez.

Diğer yandan, aynı davalı aleyhine daha önce açılan ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararları bulunmakla birlikte, Dairemiz uygulamasına göre bir ihale dönemi için kesinleşen muvazaa tespiti, sonraki ihale dönemi için bağlayıcı değildir. Sonraki ihale dönemi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli kurulup kurulmadığı ya da muvazaaya dayanıp dayanmadığı ayrıca incelenmelidir.

Yapılacak araştırmada; verilen işin yardımcı iş niteliğinde olduğu ya da 4628 sayılı Kanun ile 6446 sayılı Kanun'un hukuki çerçevesinde işlem tesis edildiği, yapılan sözleşmelerle alt işverene fiilen verilen işin aynı olduğu, davacı işçinin de bu ihale ile verilen iş kapsamında çalıştırıldığı belirlendiğinde, davalı ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu sonucuna varılarak tazminat ve işçilik alacakları bu tespite göre ve Toplu İş Sözleşmesi hükümleri dikkate alınmaksızın hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

4628 sayılı Kanun ile 6446 sayılı Kanun'un hukuki çerçevesinde işlem tesis edilmediğinin, yapılan sözleşmelerle alt işverene fiilen verilen işin aynı olmadığı ya da davacının ihale ile verilen iş dışında çalıştırıldığına tespit edilmesi halinde ise davacı işçinin sendikası üyesi olduğu dikkate alınarak Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine göre şimdiki gibi davaya konu tazminat ve işçilik alacaklarıyla ilgili hüküm kurulmalıdır.

Eksik incelemeye yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

11. Ankara 1. İş Mahkemesinin 18.06.2021 tarihli ve 2021/278 E., 2021/308 K. sayılı kararı ile; öncesinde muvazaalı çalıştırıldığına karar verilen davacının sonraki dönemde alt işveren yanında hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalıştırılmasının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkraları gereğince muvazaalı olduğu ve bu nedenle davacının davalı asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 22.05.2014 tarihinde açılan ve muvazaanın kabulü ile işçilik alacaklarının hüküm altına alındığı, sözü edilen kararın Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesince onandığı ancak işbu davaya konu işçilik alacaklarının ise daha sonraki döneme ait olduğu eldeki davada; dava konusu dönem içindeki tüm ihale sözleşmeleri ve şartnameler getirtilerek ihale ile verilen işin yardımcı iş olup olmadığı, ihale ile asıl işin verilmesi hâlinde ise ihale sözleşmelerinin tarihlerine göre 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu dikkate alınarak taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı ve muvazaaya dayanıp dayanmadığının tespit edilmesinin gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

14. Öncelikle konuya ilişkin kavramlar ve yasal düzenlemeler üzerinde kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır.

15. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş Kanunu) "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan madde 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”.

16. Bu hükme 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. Kanuna uygun biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş ise asıl işveren, alt işveren işçilerinin Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunması hâlinde bundan doğan yükümlülüklerden işçilere karşı alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

17. 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin (Yönetmelik) 4. maddesi uyarınca asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalı, alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Yönetmeliğin 3/c maddesinde asıl iş, “Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş”; yardımcı iş ise aynı maddenin (ğ) bendinde “İşyerinde 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 iş” şeklinde tanımlanmıştır.

18. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarına ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde yardımcı işlerin herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverenlere verilebileceği belirtilmiştir. Gerek İş Hukuku öğretisinde gerek Yargıtay uygulamasında yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin muvazaa oluşturmamak kaydıyla bir koşul veya sınırlama söz konusu olmaksızın kurulabileceği kabul edilmektedir (Süzek, Sarper: İş Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 167).

19. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise verilen iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Öte yandan alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Ayrıca alt işveren daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ne var ki daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.

20. Görüldüğü üzere İş Kanunu’nun alt işveren ilişkisini düzenleyen maddelerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmış, bazı yasak ve sınırlamalar getirilmiş, bu yasak ve sınırlamalar ile genel olarak muvazaa hâllerinde bu işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacağı hükme bağlanmıştır.

21. Öte yandan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) 18. maddesi ile aynı doğrultuda düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 19. maddesi uyarınca, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır ve borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.

22. Türk Hukuk Lûgatında muvazaanın “Anlaşmalı saptırma, gerçek dışı durumlara gerçekmiş niteliğini kazandırma işlemi; hukuksal bir işlem konusunda gerçek duruma aykırılıkta birleşilerek yapılan ortak açıklama (beyan) ya da ortaya konulan belge; danışıklı işlem” (Türk Hukuk Lûgati Türkçe-Türkçe Cilt I, Ankara 2021, s. 819) şeklinde yapılan tanımından hareketle muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalar-

rı olarak ifade edilebilir.

23. Bir diğer deyişle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukukî işlemin bulunduğu görünüşünü yaratmayı istemişlerse muvazaadan söz edilir.

24. Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki (zahiri) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukukî sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.

25. Kural olarak hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemez. Kaldı ki böyle bir hak talebi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunamayacağını belirten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesine de aykırıdır.

26. İş Hukuku uygulamasında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması hâlinde müeyyidesi İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında,

“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.” şeklinde hükme bağlanmıştır.

27. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan düzenlemeye göre; “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz...” şeklinde düzenleme mevcut olup, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (g) bendinde düzenlenen muvazaa kavramının bir hâlini de “Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesi” oluşturmaktadır.

28. Getirilen sınırlama, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınamaması değil, işe alınan bu işçilerin “haklarının kısıtlanamaması”dır (Süzek, s. 177).

29. Gelinek noktada eldeki dava bakımından davalı AAAAA A.Ş.'ye özgü yasal düzenlemelere değinmekte yarar vardır.

30. Davalı AAAAA AŞ, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olup sermayesinin tamamı Devlete ait iktisadi devlet teşekkülüdür ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi elektrik üretimiyle uğraşan bir iktisadi devlet teşekkülü olarak tüzel kişiliği haizdir.

31. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun (4628 sayılı Kanun) 15. maddesine 09.07.2008 tarihli ve 5784 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (5784 sayılı Kanun) 5. maddesiyle eklenen ve 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren fıkra uyarınca “g) Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler”.

32. Yukarıda sözü edilen 4628 sayılı Kanun'un adı 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun (6446 sayılı Kanun) 30. maddesiyle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir.

33. 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesi de 6446 sayılı Kanun'un 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup, 6446 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile, “(1) Lisans sahibi tüzel kişiler, lisansları kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olarak hizmet alımı yapabilirler. Ancak, bu durum ilgili lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan kaynaklanan yükümlülüklerinin devri an-

lamına gelmez. Hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılabilceği Kurul tarafından belirlenir.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

34. AAAAA A.Ş.’nin 27.07.2006 tarihli ve 26241 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ana Statüsünde şirketin amacı, “...kamu yararını gözeterek, karlılık ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde; güvenli, sürekli, kaliteli, verimli, düşük maliyetli, çevreyi gözetir elektrik enerjisi üretimi ve satışı faaliyetinde...” bulunmak olarak belirtilmiştir.

35. “ Teşekkülün amaç ve faaliyet konuları” başlığını taşıyan 6. maddesinde ise, “... a) İlgili mevzuat hükümleri çerçevesinde üretim tesislerinde elektrik enerjisi üretmek,... f) Elektrik üretim tesislerinin işletilmesi ve kurulmasında diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu konulara ilişkin hizmet almak,... g) Elektrik üretimi için gereken her türlü etüt ve projeler ile inşaat ve tesisleri yapmak, yaptırmak ve söz konusu tesislerin proje, tesis ve işletme aşamalarında ülkemiz çevre mevzuatına uygun olmasını sağlamak amacıyla gerekli her türlü önlemleri almak ve kendi paylarına düşen hukuki ve mali sorumluluk ilgili şirket veya kuruluşlarda kalmak üzere aldirmek, h) Üretim tesislerinin yapılması, bakımı ve onarımı, rehabilitasyonu, işletilmesi ve genişletilmesi ile ilgili her türlü mal ve hizmetleri yurt içinden ve/veya yurt dışından tedarik etmek,... k) Amaç ve faaliyet konuları ile ilgili olarak ve sahip olduğu imkanlar kullanılarak bedeli mukabilinde, gerektiğinde araç ve gereç kiraya vermek ya da üçüncü şahıslardan kiralamak... 2) Elektrik üretiminde kullanılacak maden tesislerini kurmak, kurdurmak, işletmek veya hizmet alımı yoluyla işletirmek,... s) İlgili mevzuatta tanınan tüm hak ve yetkilerle faaliyette bulunmak, ş) Mevzuat hükümleri çerçevesindeki diğer görevleri yapmak.” olarak belirlenmiştir.

36. Bu Ana Statü 07.10.2020 tarihli ve 31267 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “AAAAA Anonim Şirketi Ana Statüsü” ile yürürlükten kaldırılmış olup, bu Ana Statüde AAA-AA AŞ’ın amaç ve faaliyetleri eski düzenlemeye paralel şekilde düzenlenmiştir.

37. Hemen belirtilmelidir ki, 4628 sayılı Kanun gerekli hâllerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerinin hizmet alımı yoluyla verilebileceğini düzenlemiştir, 6446 sayılı Kanun ise bu hükmü yürürlükten kaldırarak Kurul tarafından belirlenecek işlerin hizmet alımı yoluyla gördürülebileceği hükme bağlanmıştır.

38. Somut olayda, davacı vekili müvekkilinin *** Barajı ve Hidroelektrik Santrali ve Yöresi İşletme Müdürlüğü bünyesinde yer alan *** Barajı işyerinde alt işveren şirketlerin işçisi gösterilerek çalıştırıldığını ancak yaptığı işlerin davalının asıl işlerinden olduğunu, davalının İş Kanunu’nun 2. maddesine aykırı şekilde asıl işini bölerek şirketlere ihale ile verdiğini, Ankarada 4. İş Mahkemesinin 2014/633 Esas sayılı dosyasında 22.05.2014 tarihine kadar olan dönem bakımından muvazaanın kabulü ile işçilik alacaklarının hüküm altına alındığı ve kararın onanmak suretiyle kesinleştiğini, eldeki davada ise 22.05.2014 tarihinden sonraki dönem ilişkin işçilik alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

39. İlk Derece Mahkemesince, daha önce davalı aleyhine aynı iddia ve istemle açılan davada davalı ile dava dışı alt işveren şirketler arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna ilişkin verilen kararın onandığı, bu şekilde davalı ile dava dışı alt işveren şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna ilişkin verilen ve temyiz incelemesinden geçerek kesinleşen karar esas alınarak eldeki davaya konu istem yönünden de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmış ve alacakların davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Taraf vekillerinin istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince taraf vekillerinin istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir.

40. Ancak Mahkemece varılan bu sonuç isabetli değildir. Şöyle ki, muvazaanın kabul edildiği dönem sonrasında davacının farklı şirketler yanında çalışması gözüktüğü gibi davacı bu şirketlerde hangi işi yaptığını da açıklamamıştır.

41. Bir ihale dönemi için kurulan asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin geçersiz veya muvaza-

aya dayanması önceki ve sonraki ihale dönemleri bakımından bir sonuç doğurmaya-
cak olup, her ihale sözleşmesi kendi dönemi ve şartlarında değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

42. Başka bir anlatımla, önceki ihale sözleşmelerinin kanuna uygun kurulmamış olma-
sı veya muvazaalı olması, sonrakilerin de aynı şekilde kanuna uygun kurulmadığını ya da muva-
zaaya dayandığını göstermez. Daha sonra yapılan ihale sözleşmelerinin de ayrıca kanuna uygun-
luk ve muvazaa yönünden değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Bu sebeple davalı tarafın-
dan yapılan sözleşmelerin kanuna uygun olmadığına ya da muvazaalı olduğuna ilişkin kesinleş-
miş yargı kararları sadece muvazaalı olduğu tespit edilen ihale dönemleri yönünden bağlayı-
cı olup, önceki ve sonraki ihale dönemlerinin muvazaalı olduğunu kabul için yeterli değıl-
dir. Bu itibarla muvazaa araştırması yeniden yapılmalıdır.

43. Bu açıklamadan hareketle, Mahkemece kesinleşmiş muvazaa tespitine dayanarak, tes-
pit döneminin dışında kalan ve farklı şirketler yanında davacının çalışmasının gerçekleştiğı iha-
le dönemleri için herhangi bir inceleme yapılmadan, salt önceki çalışma döneminde muva-
zaa tespitinin olduğu belirtilerek tüm çalışma süresi yönünden muvazaanın kabul edilmesi doğ-
ru değildir.

44. O hâlde davalı ile davacının çalışmalarının geçtiğı dava dışı şirketler arasındaki asıl işveren-
alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının ancak bozma ilamı doğrultusunda yapıla-
cak inceleme ile anlaşılabilceğı açık olduğu hâlde bozma ilamının gereğı yerine getirilme-
den karar verilmesi isabetli değildir.

45. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, davacının önceki dönem çalışmalara
bakımından muvazaanın varlığının kanıtlandığı, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrası-
na göre asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilme-
si suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı, muvazaayı tespit eden önceki karar ile davacının ba-
şından beri asıl işverenin işçisi sayıldığı, bu düzenlemenin sonucu olarak sonraki ihale dönemi-
ne ilişkin sözleşmeler yönünden yeniden muvazaanın araştırılmasına gerek bulunmadığı, açıkla-
nan nedenle direnmenin uygun olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu ta-
rafından benimsenmemiştir.

46. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyul-
ması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

47. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gös-
terilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/1. maddesi gereğince dosyanın İlk Dere-
ce Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesi-
ne, 24.11.2022 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

Asıl işveren alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu 2. madde ve 5510 sayılı Sosyal Sigorta-
lar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 12. maddede düzenlenmiştir.

Bu kanunlarda yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin hükümlerin bu Kanunların getiri-
liş amaçlarıyla birlikte yorumlanmak suretiyle kapsamının belirlenmesi gerekir. 4857 sayılı Ka-

nunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek iken 5510 sayılı Kanunda belirtilen amaç ise sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; bu sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılanma yöntemlerini belirlemek; sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek olarak belirtilmiştir.

Somut olayda uyuşmazlık işçilik alacaklarıyla ilgili olduğundan 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan hükme göre asıl işveren alt işveren ilişkisini değerlendirmek gerekir.

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin de 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 alt işveren ile birlikte sorumludur (md. 2/6).

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 hâlde 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 (md. 2/7).

Maddede sözü edilen asıl iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işi; yardımcı iş ise 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.

Bu hükümlerle asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlandığı kadar bu ilişkiye bazı sınırlamalar da getirilmiştir. Böylece işveren için bir alan yaratılırken getirilen sınırlamalar ile de işçilerin sözleşmeden ve Kanundan doğan haklarına etkili bir koruma sağlanmak istenmiştir.

Bu tanım ve sınırlamalarla birlikte değerlendirildiğinde bu ilişkiden söz etmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin bulunması, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve alt işverene yardımcı iş, ya da asıl işin bir bölümünün verilmiş olması gerekir. Ayrıca asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütü de bir arada olmalıdır.

Bu unsurların da sonucu olarak, işin bölüm ve eklentilerinden biri değil de işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık asıl işveren-alt işveren ilişkisinden de söz edilemez. Anahtar teslimi işten bahsedilmesi için; alt işverenin asıl işverenden aldığı işin, asıl işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşıması, işyerindeki üretimle ilgisinin olmaması veya asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmaması, verilen işin asıl iş ya da yardımcı iş niteliğinde olmayıp, başkaca bağımsız bir iş olması gerekir.

Asıl işveren ile alt işveren arasında Borçlar Kanunu anlamında yapılmış olan sözleşmenin hukukî niteliği de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumunda önem taşımamaktadır. Bu ilişki eser sözleşmesine dayanabileceği gibi, kira veya taşıma sözleşmeleri gibi başka nitelikteki bir sözleşme de olabilecektir. Diğer bir ifadeyle bu ilişkide önemli olan, asıl işverene ait olan bir işin alt işveren tarafından yapılmasının sağlanması olup, ilişkinin ne şekilde veya hangi sözleşme sonucunda meydana geldiğinin sonuca etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle asıl işin ihale ile veya kira sözleşmesi ile başka bir işverene verilmesi hâlinde asıl işveren-

alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı şeklinde bir sonuca varılamayacaktır. Aksine bir düşüncenin kabulü hâlinde asıl işveren alt işveren ilişkisine dair koruyucu hükümlerin işlevsiz hâle getirilebilmesini mümkün kılan uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

Şunu da belirtmek gerekir ki her iki işveren arasında borçlar hukuku anlamında kurulan sözleşme, tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur ise de bu sözleşme ilişkisinin varlığı işçilere karşı yükümlülükleri bakımından bu işverenlerin 4857 sayılı Kanunu'n 2. maddesinde yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisi sınırlamalarına tabi olmalarını engellemez.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulabilmesinin kanunî koşulları mevcut bulunduğu hâlde bu ilişki muvazaalı olarak da kurulmuş olabilir. 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. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tâbidir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanunî koşullarının bulunmaması ile bu koşullar bulunsa bile kurulan ilişkinin muvazaalı olması farklı şeylerdir. İlkinde taraflar bu ilişkinin kurulması iradesini taşısa bile bu ilişkinin kurulabilmesi koşulları yoktur. Diğerinde ise kurulma koşulları olsa bile tarafların bu ilişkiyi kurma iradeleri bulunmamakta ancak diğer kişileri yanıltmak amacıyla ilişkinin kurulduğu görüntüsü yaratılmaktadır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsur eksikliği nedeniyle kurulmamış sayılması ile kurulmuş gösterilen ilişkinin muvazaalı olması farklı şeyler olmasına rağmen sonuçları aynıdır. Zira her ikisinde de alt işveren nezdinde çalışmakta görünen işçiler, baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem göreceklidir.

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; Ankara 4. İş Mahkemesinin 2014/633 Esas, 2017/144 Karar sayılı dosyasında muvazaa olmadığı kabul edilerek verilen karar Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 2017/1060 Esas, 2017/632 Karar sayılı kararı ile kaldırılarak muvazaanın varlığı kabul etmek suretiyle verilen karar Yargıtay kapatılan 22. Hukuk Dairesinin 2017/39085 Esas, 2017/18834 Karar sayılı kararı ile onanmıştır.

Bu karar ile davacı yönünden muvazaanın varlığı kanıtlanmış ve davacı başından beri davalının işçisi kabul edilmiş durumdadır.

Özel Daire bozma kararında aynı davalı aleyhine daha önce açılan ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını tespit eden mahkeme kararları bulunmakla birlikte bir ihale dönemi için kesinleşen muvazaa tespitinin, sonraki ihale döneminde bağlayıcı olmadığı, sonraki dönem için asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli biçimde kurulmadığı ya da muvazaaya dayanıp dayanmadığının ayrıca incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Genel hukuk ilkeleriyle bakıldığında muvazaanın varlığının her sözleşme için ayrı değerlendirilmesi gerekmekte ise de bunun aksine davranmayı gerektiren özel bir kural varsa öncelikle özel kural uygulanmalıdır.

İş Kanunu 2/7. maddede asıl işverenin işçilerinin, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı düzenlenmiş olduğundan davacı muvazaayı tespit eden önceki karar ile başından beri asıl işverenin işçisi sayılmış ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları ve ilave tediye alacağını isteyebilir hâle gelmiş olduğundan bu haklarını ortadan kaldıracak biçimde kurulmuş olan yeni asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı kabul edilemeyecektir. Aksine bir yorum davacının ilave tediye alacağı ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını ortadan kaldıran bir sonuç doğuracaktır ki bu da İş Kanunu 7/2. maddedeki muvazaa kriterlerine aykırı olacaktır.

Açıklanan nedenlerle İş Kanunu 7/2. maddenin sonucu olarak davacının hakkını ortadan kaldırır şekilde yapılan sonraki asıl işveren alt işveren ilişkisine konu sözleşmenin muvazaalı olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda sonraki dönem ihaleye dayalı sözleşmeler yönünden yeni-

den muvazaa araştırması yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunarak işin esas ve miktar incelenmek üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiğı görüşünde olduğundan Özel Daire kararı gibi bozma yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyorum.