



TÜRKİYE İŞVEREN SENDİKALARI KONFEDERASYONU

**SORU, CEVAP VE SORUNLARIYLA
İŞ HUKUKUNDA
ALT İŞVEREN**



TÜRKİYE İŞVEREN SENDİKALARI KONFEDERASYONU

15 Őubat 2012

Yayın No: 318

Haberleşme Adresi:

HoŐdere Cad. ReŐat Nuri Sokak No: 108
Çankaya – ANKARA

Tel : (0312) 439 77 17 (Pbx)
Faks : (0312) 439 75 92-93-94
E-mail : tisk@tisk.org.tr
Web Sitesi : <http://www.tisk.org.tr>

ISBN: 978-975-6728-82-6

MATSA BASIMEVİ / ANKARA
Tel: (0312) 395 20 54 • Faks: (0312) 395 31 63
www.matsabasievi.com.tr • matsa@matsabasievi.com.tr

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ.....	5
I. ALT İŞVERENE NEDEN İHTİYAÇ VAR?	7
II. ALT İŞVERENLİK GEÇMİŞTEN BUGÜNE MEVZUATTA NASIL YER ALDI?	8
III. İŞ KANUNU'NDA VE YÖNETMELİKTE YER ALAN DÜZENLEMELER	12
A. TANIMLAR.....	12
• İşveren kimdir?	12
• Asıl işveren kimdir?	12
• Alt işveren kimdir?	13
• İşyeri neresidir?.....	14
• Asıl iş nedir?	14
• Yardımcı iş nedir?.....	14
• Alt İşverenlik Sözleşmesi nedir?	14
• Alt işveren, müteahhit ve anahtar teslim işler kavramları neyi ifade etmektedir?	14
B. SORUMLULUK.....	17
• Sorumluluk kime aittir?	17
C. YAPTIRIMLAR.....	19
• Alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı haller ve yaptırımı nedir?	19
• Genel olarak muvazaalı işlem nedir?	21
• Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde muvazaa tanıtımı yapılmış mıdır?	23
• Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kamu sektörünün tabi olduğu farklı düzenlemeler nelerdir?	24

D. ASIL- ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ İLE İŞYERİ DEVRİ	
ARASINDAKİ FARKLAR	27
E. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULMASI	29
• Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için aranan şartlar nelerdir?.....	29
• Alt işverenler işyerini bildirmek zorunda mıdır?.....	32
• İşyeri bildirgesi ile birlikte verilmesi gereken belgeler nelerdir?	33
• Bölge Müdürlüğü'nce işyeri tescili nasıl yapılacaktır?	33
• Alt İşverenlik Sözleşmesi'nin şekli ve içinde yer alması gereken hususlar nelerdir?	33
• İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş nedir?.....	35
• Yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık kriterleri aranacak mıdır?	38
• Asıl- alt işveren ilişkisinde muvazaa nasıl incelenecek?	39
• İnceleme sonucunda yapılacak işlemler nelerdir?	40
F. DİĞER KONULAR	42
• Uygulanacak idari para cezası nedir?	42
• Yönetmeliğin getirdiği düzenlemeler hangi tarihten sonra kurulan ilişkiler açısından geçerlidir?	43
• Kayıt dışı alt işveren işyerlerinin tescil işlemleri nasıl gerçekleştirilecek?	43
• Alt işverenin değişmesi halinde alt işveren işçilerinin yeni alt işverende çalışmaya devam etmeleri durumunda ne olacak?	44
• Toplu iş hukuku açısından asıl- alt işveren uygulamasının sonuçları nelerdir?	45
IV. SONUÇ	46
EKLER	51
Ek 1: Yargıtay Kararları	53
Ek 2: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Panel ve Görüşmeler” isimli İş Müfettişleri Derneği tarafından yayımlanan kitaba İş Müfettişleri Derneği Yönetim Kurulu tarafından yazılan Önsöz.....	138

SUNUŞ

Alt işveren uygulamaları, sadece ülkemizde değil, tüm dünyada yaygınlaşan bir üretim yöntemi olarak hızlı bir gelişme göstermektedir.

Rekabetin uluslararası boyutu ve hızı karşısında bu gelişim kaçınılmaz olarak devam edecektir. Alt işverenlik uygulamalarının gösterdiği gelişmeye paralel biçimde, alt işveren işçilerinin çalışma koşulları üzerindeki tartışmalar hem ülkemizde, hem dünyada artmış durumdadır.

Alt işveren ve asıl işverenin çoğu zaman aynı iş ortamını paylaşmaları ve aynı tedarik zincirinin parçaları olmaları çeşitli sorunları da gündeme taşımaktadır.

Alt işverenlik uygulaması şirketler için uzman işgücünün esnek şekilde kullanılması ile istihdam kapasitesinin artırılmasına imkan sağlamaktadır. Bir başka ifade ile alt işverenlik, işyerleri açısından “en başarılı oldukları işe odaklanma” fırsatı sunan önemli bir üretim biçimidir. Ani talep artışlarının hızlı şekilde karşılanabilmesi de alt işveren uygulamaları sayesinde mümkün olabilmektedir. KOBİ’ler açısından bu etki daha büyük önem taşımakta, mali ve organizasyonel risklerin dağıtımını sağlayarak devamlılığı mümkün hale getirmektedir.

Ülkemizde asıl-alt işveren uygulamalarında karşılaşılan sorunlar, kamu ve özel sektör işyerleri açısından ciddi uyuşmazlıklara kaynaklık etmekte ve çalışma hayatının temel tartışma alanlarından birini oluşturmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun yayımlandığı 2003 yılından bu yana geçen dokuz yıl içinde Kanunda yapılan değişiklikler ve takiben çıkarılan ikincil mevzuat, asıl-alt işveren ilişkisinin ekonomik hayatın ve çalışma hayatının vazgeçilmez mekanizmalarından biri olduğu gerçeği görmezden gelinerek düzenlenmiş ve bugün yaşanan çözümsüzlüğe zemin hazırlanmıştır.

Bu tespitlerden hareketle Konfederasyonumuz Hukuk Servisi'nce, işletme ve işyerlerinin asıl-alt işveren ilişkilerinin kurulmasında tabi oldukları mevzuat, uygulamalara temel teşkil edebilecek yorumlar ve ilke kararı niteliğinde kabul edilebilecek Yargıtay Kararları esas alınarak “**Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren**” isimli yayınıımız hazırlanmıştır. Her biri son derece tartışmalı, henüz kesin sonucu olmayan ve genellikle olaya özgü yorumlar gerektiren konular, çalışmanın kapsamı dışında bırakılarak yayının olabildiğince sade olmasına gayret gösterilmiştir.

Yayınıımızı, işyeri uygulamalarına ve bu alanda yapılacak düzenleyici çalışmalara katkı sağlaması dileği ile kamuoyunun bilgisine sunuyoruz.

Saygılarımızla
Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu

SORU, CEVAP VE SORUNLARIYLA İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVEREN

I. ALT İŞVERENE NEDEN İHTİYAÇ VAR?

Günümüzde artan rekabet, işletmeleri en verimli üretim şekillerine yönlendirmektedir. Dış hizmet kullanımı (outsourcing) ile işletmeler yaptıkları bazı işleri uzman kurumlara aktarmakta ve bu şekilde maliyet ve zaman tasarrufu elde etmekte, üretimde etkinlik ve kalite yükselişi sağlamaktadır. İşletme bu yöntemle, tüm enerjisini uzmanlık konuları üzerine yönelterek verimliliği ve rekabet gücünü artırmaktadır.

Alt işveren uygulamalarının 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda aşırı derecede kısıtlanması nedeniyle 2006 yılında yapılan değişiklikle kamu kuruluşları bu düzenlemelerden muaf tutulmuştur.

Bunu takiben, özel sektör kuruluşları için uygulama şartları, tersanelerde yaşanan ölümlü iş kazalarına tepki olarak 2008 yılında yapılan 5763 sayılı Kanun değişikliği ve çıkarılan Yönetmelikle daha da ağırlaştırılmış, alt işveren ilişkisinin kurulması adeta imkansız hale getirilmiştir.

Alt işveren kullanımı, günümüzde sadece özel sektör açısından değil, kamu açısından da vazgeçilmezdir. Kamunun alt işveren uygulamasından vazgeçmek yerine, getirilen düzenlemelerden kendini istisna tutma çabası bunun kanıtıdır.

Alt işvereni reddetmek ya da kabul eder gibi görünüp getirilen kısıtlamalarla uygulanamaz hale getirmek hiçbir kesim için çözüm değildir.

Çözüm, alt işverenin kamu ve özel sektör işletmeleri için vazgeçilmez olduğunun kabulünde ve her iki kesim için de geçerli ortak kurallarla düzenlenmesinde yatmaktadır.

Amaç, kötü niyetli ve istismara yol açan alt işveren uygulamalarının önlenmesi ise çözümler buna odaklı ve bununla sınırlı olarak sosyal tarafların katılımı ile geliştirilmelidir.

II. ALT İŞVERENLİK GEÇMİŞTEN BUGÜNE MEVZUATTA NASIL YER ALDI?

1936: Alt işveren ilk kez 3008 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanunun 1'inci maddesinde “işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren sorumludur.” hükmü yer almıştır.

1950: 3008 sayılı Kanundaki madde yeniden düzenlenmiş ve asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluk taşıdığı açıkça vurgulanmıştır.

1960: “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 sayılı ILO Sözleşmesi” Türkiye tarafından onaylanmıştır. Sözleşmede kamu kuruluşlarının işyerlerinde başka işverenlere iş vermeleri durumunda alt işveren işçilerinin korunması için koyacakları koruyucu hükümler hakkında düzenlemelere yer verilmiştir.

1967: 931 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin sorumlu tutulması için alt işveren işçilerinin “münhasıran” çalıştırılmaları zorunlu tutulmuş, ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edilmiştir.

1971: 1475 sayılı İş Kanunu'nda yapılan düzenleme ile Kanunun 1'nci maddesinde alt işveren “bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçileri münhasıran o işyerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

1988: “Kamu Kuruluşlarında Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları İle İlgili Genel Esaslar” konusunda bir Bakanlar Kurulu kararı yayımlanmıştır.

2003: 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl-alt işveren ilişkisi “*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. 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. 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 yeniden düzenlenmiş, uygulamada ortaya çıkan kötüye kullanmaların önüne geçilmeye çalışılmıştır.

2006: 5538 sayılı kanun ile 4857 sayılı Kanun’un 2’nci maddesine iki fıkra eklenmiş ve kamu kuruluşları açısından alt işveren uygulamasına yönelik farklı düzenlemeler getirilmiştir.

2008: 5763 sayılı kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 3’üncü maddesine yapılan bir ilave ile alt işverenin işyerini bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Alt İşverenlik Yönetmeliği” de bu düzenlemeye istinaden yayımlanmıştır.

Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin işyerlerinin çalışmalarını engelleyici nite-

lik arz etmesi nedeniyle Yönetmeliğin bazı hükümlerinin iptali amacıyla Konfederasyonumuz tarafından Danıştay’da açılan dava ve diğer kuruluşlarca aynı amaçla açılan davalar Ocak 2012 itibariyle devam etmektedir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği, alt işverenlik müessesesini neredeyse kullanılamaz hale getiren hükümleriyle, ilgili Kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içermektedir.

Yönetmelik incelendiğinde aşağıda belirtilen konularda hukuksal çelişkiler ortaya çıkmaktadır:

- 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. ve 3. maddelerinde muvazaa tanımı yapılmamışken ve Borçlar Kanunu’nda genel bir tanım bulunuyorken Yönetmeliğin 3. maddesiyle “muvazaa”nın tanımının yapılması ilgili kanunlara ve hukuka aykırılık oluşturmaktadır.
- Yönetmeliğin 3. maddesindeki muvazaa tanımına, İş Kanunu’nun 2/VI. maddesindeki sınırlamalar (“işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”) da dahil edilmiştir. Oysa, İş Kanunu’nun 3. maddesinde yapılan değişiklik ile iş müfettişlerine “salt muvazaa yönünden” inceleme yetkisi tanınmıştır. İş müfettişlerinin alt işverenlik ilişkisini “objektif koşullar” bakımından inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran İş Mahkemeleri Hakimleri’ne aittir. Bu durum ilgili Kanun’a aykırıdır.
- İş Kanunu’nun 2. maddesinde, sözleşmenin muvazaalı işlem olarak kabul edilmesi için “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanması” ve “alt işverenlik ilişkisinin daha önce o işyerinde çalışan kimse ile kurulması” şeklinde iki koşul aranmaktadır. Yönetmeliğin 3. maddesinin (g) bendi ile bu iki koşula “uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi” ve “kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri” şeklinde iki ilave koşul daha getirilmiştir. Yönetmelikle Kanun’da bulunmayan hususların getirilmesi hukuka aykırıdır.

- Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar “*maddeler halinde ve tek tek*” belirlenmiştir. Bu, öncelikle sözleşme serbestisi ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırıdır.
- Yönetmeliğin 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; “*Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10. maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.*” şeklinde getirilen düzenleme ile alt işveren sözleşmelerinin Yönetmelik’te bulunan şartları tam olarak taşıması halinde geçerli olacağı belirtilmektedir. Oysa sözleşmelerde Yönetmelik hükümlerinden hangilerinin yer alacağına tarafların karar vermesi gerekir. Sözleşmede bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle belirlenmesi sözleşme hürriyetine aykırı düşmektedir.
- Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikalarının sözleşmeye eklenmesi zorunluluğu da Kanun’da bulunmayan bir husus olup Yönetmelik’le getirilmesi uygun olmamıştır.
- Yine Yönetmeliğin 11. maddesinde; asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının *birlikte* gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceği ifade edilmektedir.
- İş Kanunu’nun 2. maddesinde yer almayan “*birlikte*” ifadesinin Yönetmelik ile getirilmek istenmesi normlar hiyerarşisine aykırıdır.
- 4857 sayılı İş Kanunu’nun ilgili 2. ve 3. maddelerinde Yönetmelik’te yer alması gereken husus olarak belirtilmemesine rağmen, Yönetmeliğin 11. maddesinin son fıkrası olarak düzenlenen asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremeyeceğine ilişkin ifade hukuka aykırılık taşımaktadır.
- Yönetmeliğin 12. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde muvazaa incelenmesinde “alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden

olup olmadığı” ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu ifadeden yardımcı işle-
rin alt işverene verilmesi halinde muvazaa sayılacağı sonucu çıkmaktadır.
Yardımcı işlerin alt işverene verilebileceği hem 4857 sayılı İş Kanu-
nu’nun 2. maddesinde hem Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 3.maddesinin
(a) ve (g) bentlerinde açık biçimde hükme bağlanmıştır.

- Yönetmeliğin “Geçiş hükmü” başlıklı Geçici 1. maddesi ile Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-
alt işveren ilişkisinde 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen belgelerin
aranmayacağına ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Bu hükümle birlikte, Yö-
netmelikte yer alan diğer hükümler incelendiğinde, iş müfettişlerinin ince-
leme yapabilme yetkisinin mevcut ve Yönetmeliğin yürürlük tarihinden
önce kurulmuş alt işverenlik ilişkilerini de kapsayacak şekilde genişletil-
diği anlaşılmakta, söz konusu alt işverenlik ilişkileri yalnızca 10. madde-
nin 2. fıkrasında aranan belgelerden muaf tutulmaktadır. Bu durum, idari
işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

III.İŞ KANUNU’NDA VE YÖNETMELİKTE YER ALAN DÜZENLEMELER

A. TANIMLAR

⇒ İşveren kimdir?

İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum
ve kuruluşlardır. (İş Kanunu Madde 2)

⇒ Asıl işveren kimdir?

Asıl işveren: İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yar-
dımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile tekno-
lojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte
kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olma-
yan kurum ve kuruluşları ifade eder. (Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3)

⇒ **Alt İşveren kimdir?**

İş Kanunu açısından;

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 işverendir. (İş Kanunu Madde 2)

Alt işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. (İş Kanunu Madde 2)

Alt İşverenlik Yönetmeliği açısından;

Alt işveren: Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade eder. (Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3)

Sosyal Güvenlik Mevzuatı açısından;

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişidir.

Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur. (5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.12)

Bu hüküm uyarınca alt işveren uygulamaları sosyal güvenlik alanında, hem İş Kanunu, hem de Deniz İş Kanunu, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar açısından düzenlenmiş olmaktadır.

⇒ **İşyeri neresidir?**

İşyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimdir.

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 meslekî 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. (İş Kanunu Madde 2)

⇒ **Asıl İş nedir?**

Asıl iş; Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir. (Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3)

⇒ **Yardımcı iş nedir?**

Yardımcı iş; 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 iştir. (Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3)

⇒ **Alt İşverenlik Sözleşmesi nedir?**

Alt işverenlik sözleşmesi; Asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve Yönetmeliğin 10'uncu maddesinde belirtilen hususları ihtiva eden sözleşmedir. (Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3)

⇒ **Alt işveren, müteahhit ve anahtar teslim işler kavramları neyi ifade etmektedir?**

Alt işveren kavramıyla birlikte sıkça gündeme gelen “müteahhit” ve “anahtar teslim işler” kavramlarına açıklık getirmekte yarar bulunmaktadır.

Müteahhit, esas itibariyle Borçlar Kanunumuz'un istisna akdini (eser sözleşmesi) düzenleyen hükümlerinde düzenlenmiş bir kavramdır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Borçlar Kanunu "müteahhit" yerine "yüklenici" kavramını tercih etmiş ve eser sözleşmesini "*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlamıştır. Bu tanım esas alındığında yükleniciyi (818 sayılı Borçlar Kanunumuzda kullanılan ifade ile müteahhidi) "*bir eser meydana getirmeyi üstlenen kişi*" olarak değerlendirmek mümkündür. Bu tanımdan da görüleceği üzere alt işverenin, yükleniciden farklı olarak, bazı özel durumlar dışarıda bırakıldığında, genel olarak bir eseri tamamlama sorumluluğu bulunmamaktadır. Benzer bir yaklaşım yine yüklenici kavramının kullanıldığı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda mevcuttur. Kamu İhale Kanunu'na göre yüklenici "*üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli*" ifade etmektedir. "Müteahhit" kavramı mevzuatımızda, giderek "yüklenici" olarak kullanılmaya başlanılmıştır.

"Anahtar teslim" kavramından, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesi "*yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme*" olarak bahsetmekte, anahtar teslim iş kavramının esas itibariyle bir iş yöntemi değil, bir fiyatlandırma şekli olduğu vurgulanmaktadır.

Ancak İş Hukuku'nda, Yargıtay kararlarına da yansımış olduğu üzere anahtar teslimi iş kavramından söz edilerek, bu kavram alt işveren uygulamaları kapsamında kabul edilmemektedir. İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca asıl işverenin işyerinde işçi çalıştırmaya, işveren sıfatını korumaya devam etmesi ve işin bütünü başka bir işverene devretmemiş olması zorunludur. Bu çerçevede bir binanın yapım işini üstlenen kişi alt işveren değil işveren sıfatını taşımaktadır. Örneğin Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ihale ile bir yolun yapım işini yükleniciye (müteahhide) vermesi halinde, yüklenici ile genel müdürlük arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmayacaktır. Genel Müdürlük ihale makamı niteliğini taşımaktadır¹.

1 SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2008, 4.Baskı, s. 142 (İş Hukuku)

Benzer durum bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Mahkemece; işin tamamının değil, bir kısmının ihale edildiği gerekçesi ile, iş Kanununun 1/son maddesi uyarınca davalı TEK Genel Müdürlüğü sorumlu tutulmuştur. Oysa, İş Kanunu’nun 1/son maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran asıl işverenin varlığı şarttır. Diğer bir ifadeyle, belirli bir işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir kişi, asıl işveren durumundadır. Kendisi; işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayıp, işi bölerek, ihale suretiyle muhtelif kişilere veren iş sahibi “ihale makamı”, İş Kanunu’nun 1/son maddesi anlamında bir asıl işveren değildir. Dairemizin yerleşmiş içtihatları bu doğrultudadır. Mahkemece, yukarıda açıklanan ilkelere doğrultusunda gerekli ve yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş kazasından doğan sorumluluğa ilişkin daha yeni tarihli bir kararında da “anahtar teslim iş” kavramına atıf yaparak bu durumda asıl işverenin sorumluluğundan söz edilemeyeceğini vurgulamıştır. Karara göre: “Burada önemli olan asıl işverene ait “iş” kavramının hangi iş olduğudur. Asıl işverene ait olan ve alt işverenin yapacağı iş, asıl işverenin ürettiği mal ve hizmet süreci içinde veya tamamlayıcı olmalıdır (Fevzi Şahlanan, Türk Hukukunda Alt İşveren, MESS Yayını, Temmuz 1995, s. 45). Örnek olarak; dokuma iş kolunda faaliyet gören bir işverenin ek bir bina yapımını bir başkasına vermesi o kişiyi alt işveren konumuna getirmez. Ancak, yine dokuma ile ilgili bir bölüm boyama vs. işinin verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Keza dokuma işinin temizlik, yemek taşıma ilişkisine asıl işin tamamlayıcısı özelliği nedeniyle anılan ilişki kapsamında değerlendirilmelidir (Fevzi Şahlanan, age., s.45-46; Mustafa Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s.185-186).

Önemle vurgulanmalıdır ki; asıl işverenin asıl işi veya yardımcı işi veya teknolojik nedenle veya işin gereği uzmanlık gerektiren işle hiç ilgisi olmayan, görülen işe tamamen yabancı bir eser, yapı inşası, çatı tamiri, iş yerinin badana boyası gibi geçici işler yönünden elbette ki, alt işveren-üst işve-

2 9. Hukuk Dairesi, 13.9.1994 tarih, E. 1994/3429, K. 1994/11465

ren ilişkisinden bahsedilemez. Asıl işveren, işi anahtar teslimi üstlenen işverenin kusurundan sorumlu tutulamaz³.”

B. SORUMLULUK

⇒ **Sorumluluk kime aittir?**

Asıl-alt işveren ilişkisinde **asıl işveren**, alt işverenin işçilerine karşı, kendi işyeri ile ilgili olarak;

Bu Kanundan,

İş sözleşmesinden veya

Alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden

alt işveren ile birlikte sorumludur. (İş Kanunu Madde 2)

AÇIKLAMA:

Yukarıda belirtildiği ve İş Kanunumuz'un 2'nci maddesinde düzenlediği üzere, asıl-alt işveren ilişkisinde **asıl işveren**, alt işverenin işçilerine karşı, kendi işyeri ile ilgili olarak; İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden **alt işveren ile birlikte sorumludur.**

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin sorumluluğu ile ve söz konusu işçinin asıl işverene ait işyerinde çalıştığı süre ile sınırlıdır.

Alt işverenin İş Kanunu'ndan doğabilecek sorumlulukları arasında öncelikle ücret, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek ve yol yardımı, yeni iş arama izni, ihbar, kıdem tazminatı, kötüniyet tazminatı, şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden doğan sorumluluklarını saymak mümkündür.

3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2.2.2011 tarih; E. 2010/21-739; K. 2011/5; Kararın tam metnine Ekler bölümünde yer alan Yargıtay kararları arasında yer verilmiştir.

Asıl işveren sorumluluğu açısından konuyu değerlendirdiğimizde, örneğin kıdem ve ihbar tazminatları açısından, alt işveren işçisinin asıl işverene ait işyerlerinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

İş sağlığı ve güvenliği önlemleri belirtilen sorumluluklar arasında bulunmaktadır.

İşçi, söz konusu haklarını her iki işverenden ya da bunlardan herhangi birisinden talep edebilecektir.

Bu sorumluluk, hukuki tabiri ile “kamu düzeninden” sayılmakta, asıl ve alt işverenin aralarında yapacakları sözleşmede birlikte sorumluluklarını kalıran ya da değiştiren bir düzenleme yapmalarına geçerlilik tanınmamaktadır.

Asıl-alt işveren ilişkisi nedeniyle, alt işveren işçisine ödeme yapan asıl işveren bu tutarı daha sonra alt işverenden rücu yolu ile geri isteme hakkına sahiptir.

Alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine yönelik talepleri sadece asıl işverene yöneltilemez. Her iki işverenin ortak sorumluluğunun söz konusu olması, geçerli bir asıl-alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçinin doğal işvereni olduğu sonucunu değiştirmez. Nihayetinde geçersizliği talep edilen feshin dayandığı iş sözleşmesinin işveren tarafı alt işveren olup, açılacak davanın da buna yöneltilmesi gerekmektedir. Feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, asıl işverenin işe iade yükümlülüğü de söz konusu değildir. Asıl işveren burada sadece, işe iade kararının alt işveren tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle doğacak sonuçlardan alt işverenle birlikte sorumluluk taşıyacaktır.

Öte yandan alt işveren işçisi, asıl işverene ait işyerinde çalıştığı sürede, asıl işverenin işyeri düzenine uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uygun davranmaması halinde, uyarı, disiplin cezası, duruma göre ücret kesme cezası ve hatta feshe yönelik kararların alınması alt işverene ait bir yükümlülüktür. Bu noktada, alt işveren işçisinin asıl işverenin, esas olarak alt işverenin bizatihi kendisi olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir ihlalin varlığı halinde, asıl işverenin alt işverene gerekli bildirimleri yapması, işçisinin davranışları konusunda uyarma görevini esas itibarıyla alt işverenin üstlenmesini sağlaması gerekmektedir.

C. YAPTIRIMLAR

⇒ **Alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı haller ve yaptırımı nedir?**

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 **muvaazalı işleme dayandığı** kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. (İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci fıkrası)

AÇIKLAMA:

Kanun, alt işveren ilişkisinin hangi hallerde kurulamayacağını düzenlemekte ve bu sınırlamalara uyulmaksızın yapılan işlemi muvaazalı kabul ederek "alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları" yönünde bir düzenleme getirmektedir.

"Muvazaalı sayılma ve başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılma" yaptırımı, asıl- alt işveren ilişkisinin kurulması açısından İş Kanunu'nda yer alan sınırlayıcı hükümlere uyulmayan tüm haller açısından geçerli olacak şekilde genel bir yaptırım olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenleme neticesinde, alt işveren işçilerini kaybetmekte, bu işçilerin bir anda işverenleri değişmekte ve asıl işveren ise yeni işçiler istihdam etmiş duruma girmektedir.

Fıkra da yer alan "*asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz*" ifadesinden, asıl işveren işçilerinin oradan ayrıldıktan sonra hiç bir şekilde alt işverende çalışamayacakları sonucu çıkarılmamalıdır.

Kanun koyucunun burada engellemek istediği şey "**çalışma**" ögesi değil, asıl işverende çalışmakta iken oradan ayrılıp alt işverende çalışmaya başlayanların "**daha az elverişli şartlarla çalıştırılmalarının**" engellenmesidir.

“Hakların kısıtlanması” kavramının her olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Yargıtay’ın incelemesinden geçen bir uyuşmazlıkta, “davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı” tespiti üzerine verilen kararda “ 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır.” değerlendirmesine yer verilmiştir. (Yargıtay 9 Hukuk Dairesi; 11.7.2005 tarih, E. 2005/18822; K. 2005/24469)

Ancak bazı Yargıtay kararlarında da bu hükmün katı uygulanmaması ve “işçilerin büyük çoğunluğunun alt işverenin kendi işçisi olduğu durumlarda muvazaa sonucuna varılmaması gerektiği” yönünde değerlendirmelere yer verilmektedir.

“İş sözleşmesi feshedilen güvenlik görevlilerinin sadece bir kısmının kendi istekleri ile iş sözleşmesi imzalayıp işi üstlenen firmaya bağlı olarak çalışmaya başlamaları ile” çıkan uyuşmazlıkta Yargıtay öncelikle “Alt işverenin üstlendiği işte bir kısmı kendi işçi kadrosundan, diğer bir kısmı ise asıl işverence iş sözleşmesi feshedilen şahıslardan oluşan işçilerin çalıştırılması halinde, bu durumun 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/7.maddesi anlamında muvazaaya dayanak teşkil edip etmeyeceği”ni değerlendirmiş ve şu sonuca varmıştır: “Belirtilmek gerekir ki, büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemleri muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir. Bu nedenle öncelikle, dava dışı firma tarafından davalıya ait üstlendiği işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin kendi kadrosundan olduğu, kaç tanesinin de daha önce bu işte çalıştırılan asıl işveren işçisi olduğu belirlenmeli ve sonucuna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır.

Öte yandan, yukarıda belirtilen araştırma sonucunda asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı sonucuna varıldığı takdirde; yasa-ya uygun olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olduğundan, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.” (Yargıtay 9 Hukuk Dairesi; 15.5.2006 tarih, E. 2006/11741; K. 2006/14066)

⇒ Genel olarak muvazaalı işlem nedir?

Asıl-alt işveren arasında kurulan ilişkinin temelini bir özel hukuk sözleşmesi oluşturmaktadır. Tüm sözleşmeler gibi asıl-alt işveren sözleşmesi de esas olarak Borçlar Kanunu'nun sözleşmeler açısından getirdiği serbestilere ve sınırlamalara tabi olacaktır.

Ancak konunun çalışma hayatını ilgilendiren yönünün ağır basması karşısında, asıl-alt işveren arasında imzalanan sözleşmeler muvazaa açısından özel olarak değerlendirilmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılara girmeden önce genel olarak “muvazaa” ve “muvazaalı işlem” kavramlarına yakından bakmakta yarar görülmüştür.

Muvazaa, esas itibariyle kanunlarımızda tanımlanmış bir kavram olmakla birlikte genel olarak Borçlar Kanunu'nda (m.18) düzenlenmiştir. Benzer bir düzenlemeye 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olacak yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da aşağıdaki şekilde yer verilmiştir.

“D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler

MADDE 19- Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

Borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.”

Muvazaada bir sözleşmenin şekil ve şartlarının belirlenmesinde, iki tarafın gerek yanlışlıkla gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek üzere kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların gerçek ve ortak maksatları araştırılacaktır. Muvazaa bakımından alışılmış olan hal, muvazaa

işlemi sebebiyle hukukî menfaati haleldar olan kişinin; muvazaalı ilişkinin bizzat tarafı ise karşı tarafı, muvazaalı işlemde üçüncü kişi ise muvazaalı ilişkinin taraflarını hasım göstererek bir dava açması ve mahkemenin davacı ve davalının iddia ve savunmaları çerçevesinde yargılama yaparak, ortada bir muvazaa bulunup bulunmadığına karar vermesidir.

Muvazaanın, hukukî işlemin geçersizliğine neden olan ve butlan sonucu doğuran bir hal olması sebebiyle, mahkeme tarafından kendiliğinden göz önüne alınması gerekmesine rağmen İş Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına 5763 sayılı Kanunla eklenen hükümlerle; alt işverenlik ilişkisindeki "muvazaa" açısından alışılmışın dışında yeni bir yöntem getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre muvazaanın idarî bir işlemle tespit edilebileceği hükme bağlanmıştır⁴.

Muvazaa kavramı öğretide yapılan tanımlara göre, " tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmaları hususunda anlaşmalarıdır⁵."

Muvazaalı bir işlemde;

- a) Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış "görünürdeki işlem" ,
- b) Görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini belirleyen "muvazaa anlaşması",
- c) Tarafların gerçek iradelerine uyan "gizli işlem" olmak üzere üç ayrı işlem bulunmaktadır.

Gizli işlemin bütün muvazaalı işlemlerde bulunma zorunluluğu yoktur⁶.

4 YILMAZ, Ejder; Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi eki, Ocak 2009, s.5-6 (Müfettiş Raporuna İtiraz)
5 ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, s.107 (Üçlü İlişkiler)
6 AYKAÇ, Hande Bahar; İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.367 (Alt İşveren)

İş Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yukarıda sözü edilen değişiklikten önce alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı yargıç tarafından re'sen araştırılacak hususlar arasında kabul edilmiş idi. 5763 sayılı Kanun değişikliği ile muvazaanın tespiti alt işverenlik sözleşmesinin ve diğer belgelerin Bölge Müdürlüğü'ne (Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü) verilmesi ile birlikte iş müfettişlerinin incelemesine bırakılmıştır.

Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Mahkemece davalı şirket ile B ... A.Ş. arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları anlamında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. Belirtilen ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı re'sen araştırılmalıdır.” (Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, 26.11.2007 tarih, E. 2007/36945, K. 2007/35404)

⇒ **Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde muvazaa tanımı yapılmış mıdır?**

Yönetmeliğin 3'üncü maddesine göre “Muvazaa” şu şekilde tanımlanmıştır:

“1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri,

ihativa eden sözleşmedir.”

Konuyla ilgili olarak aşağıda daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

⇒ **Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kamu sektörünün tabi olduğu farklı düzenlemeler nelerdir?**

İş Kanunumuz'un 2'nci maddesine 01.07.2006 tarihli 5538 sayılı Kanunun 18'nci maddesi ile eklenen 8 ve 9'uncu fıkralar ile kamu kuruluşları açısından farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Buna 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 ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, **hizmet⁷ alımı⁸** amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, **yüklenici⁹** aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;*

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir. Seki-

-
- 7 **Hizmet: (Değişik: 30/7/2003-4964/3 md.)** Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri, (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 4)
- 8 Alım kavramı, kamu ihale mevzuatımızın genel ifadelerinden biri olup 4734 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte mal, hizmet veya yapım işlerinden ihale konusu olan işlerin isteklilerden temin edilme sürecine karşılık gelmek üzere kullanılmaktadır.
- 9 **Yüklenici:** Üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi, (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 4)

zinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkrâ hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme¹⁰ ve şartnamelere¹¹;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz¹².”

10 **Sözleşme:** Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı, (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 4)

11 **Şartname:** “İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır...” (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu madde 12)

12 İş Kanunu'nun 2'inci maddesine 5538 sayılı eklenen sekiz ve dokuzuncu maddeler incelendiğinde kullanılan kavram ve ifadelerin İş Kanunu ve çalışma hayatı terminolojisine tümüyle yabancı olduğu, Kamu İhale Mevzuatı ve kamu personeli mevzuatı ifadeleri kullanılarak hazırlandığı ve bunun da hukuk tekniği açısından doğru olmadığı kadar uygulamayı farklı yorumlara açık hale getirdiği yöneltelen haklı eleştiriler arasındadır. Konunun kamu ihale mevzuatı açısından görünümü ve oradaki düzenlemeler genellikle ihmal edilmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanmış olan Kamu İhale Genel Tebliği'nde İş Kanunu'nun bu düzenlemeleri göz önünde bulundurularak idarelerce hazırlanacak ihale dokümanlarının hazırlanması aşamasında dikkate alınmak üzere aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir.

Tebliğde, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarının; ağırlıklı olarak personel çalıştırılmasına dayanan, çalıştırılacak personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı hizmetler olduğu tanımlanmış,

“Hizmet alımı ihalelerinde iş tanımı” başlıklı 69'uncu maddenin 1'nci fıkrasında “Bazı ihalelerin şartnamelerinde, iş tanımı yapılmadan sadece personelin sayısı ve niteliklerinin belirtilmesi ile yetinildiği görülmektedir. Hizmetin tanımı yapılmadan ve teknik şartnamede ihale konusu işin ayrıntılarına yer verilmeden sadece çalıştırılacak personelin sayısı ve niteliği belirtilmek suretiyle ihaleye çıkılmasının hizmet alımı değil idarenin dolaylı olarak personel istihdam etmesi anlamına geldiği, bu durumun ise 4734 sayılı Kanunun tanımlara ilişkin 4 üncü maddesi ile temel ilkeleri düzenleyen 5 inci maddesine ve 4735 sayılı Kanunun, hizmet alımına ilişkin sözleşmelerde iş tanımı yapılmasını zorunlu kılan 7 nci maddesine aykırılık teşkil edeceği hususuna dikkat edilme-lidir.” açıklamasına yer verilmiş;

Kamu kuruluşları açısından getirilen bu farklı düzenlemenin kanuni gerekçesi ise şu şekildedir: “Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer özel kanun hükümleri çerçevesinde yapılan hizmet alımları neticesinde yükleniciler tarafından istihdam edilenler; hizmet alımını yapan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu iddia ederek bu kurumların aslî kadrolarına atanmayı talep etmekte veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ya da personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulunmaktadırlar. Yapılan düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları yükleniciler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin aslî işvereni olmadığı hususuna açıklık getirilmektedir.”

Yapılan düzenleme; “özel sektör işverenleri dış kaynak kullanımında sınırlamalara tabi tutulurken, kamu işverenlerini bundan muaf tutan değişikliğin Anayasa’nın eşitlik ilkesi ile bağdaştıramayacağı¹³”; “.. işveren sayılmak açısından maliyet kalemi olarak görülen bu uygulama rahatsızlık yaratıyorsa bu rahatsızlığın özel sektör için de var olduğu gerçeğinden yola çıkılarak çözümün özelde değil genelde aranması gerektiği¹⁴”; “4857 sayılı İş Kanunu ile asıl- alt işveren ilişkisini düzenleyen hükümlerin baştan itibaren

“Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Teklif Fiyata Dahil Olacak Giderler” başlıklı 78’nci maddesinin 26’ncı fıkrasında ise; “4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulmayacaktır. İdarelerce, çalışan personel açısından denetim, sadece teknik şartnamede istenen kriterlere göre ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nde idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak olup, ihale dokümanında, anılan Kanun maddesine ve ilgili mevzuata aykırı şekilde, işe alınacak veya işten çıkarılacak personelin idarece belirleneceğine yönelik düzenlemelere yer verilmeyecektir.” açıklaması yapılmıştır.

13 EKMEKÇİ, Ömer; Kamu İşvereni’nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/12, s.1179

14 TARCAN, Nurseli; Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006 sayı 3, s.88-89

esneklik ihtiyacına cevap veremediği, bu dönemde uyuşmazlıkların azalmadığı ve daha çok geçersizlik yönünde kararlar verildiği, ayrıca 5538 sayılı yasa ile kamu kurum ve kuruluşları bakımından daha katı kurallara yönelinmesinin ve iş müfettişleri ile bölge müdürlüklerinin muvazaa denetimi yapması yolunun açılmasının sorunu daha da içinden çıkılmaz hale getirdiği”¹⁵ gerekçeleri ile eleştirilmiştir.

Öte yandan İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 7’nci fıkrasında düzenlenen muvazaalı işlemler ve sonuçları açısından, kamu ve özel sektör işverenleri arasında bir fark bulunmadığı Yargıtay kararlarında da vurgulanan hususlar arasındadır.

D. ASIL - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ İLE İŞYERİ DEVRİ ARASINDAKİ FARKLAR

Her iki düzenlemenin benzer yanları bulunmakla birlikte, oluşum ve sonuçları birbirinden son derece farklıdır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun “İşyerinin veya bir bölümünün devri” başlığını taşıyan 6’ncı maddesi, konuyu doğal olarak asıl-alt işveren ilişkisinden bağımsız şekilde düzenlemiştir. Buna göre;

“İşyerinin veya bir bölümünün devri

Madde 6 - İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

15 ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL Şahin; Üçlü İlişkiler, s. 110

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kaldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.”

Madde incelendiğinde görüleceği üzere, işyeri devrinde de iki ayrı işveren bulunmakta, ancak burada asıl işveren-alt işveren değil, işi devralan işveren ve devreden işveren söz konusu olmaktadır.

Ayrıca asıl-alt işveren ilişkisinde geçici bir durumdan söz edilebilecekken, işyerinin devrinde böyle bir geçicilikten söz edilememektedir. İşveren tümüyle değişmiş durumdadır. Bir işveren gitmiş, yerine bir başkası gelmiştir. Dolayısı ile sorumluluk da bu fiili duruma göre asıl-alt işverendekinden farklı şekilde düzenlenmiştir. Asıl- alt işveren ilişkisinde sorumluluğun müteselsil, yani birlikte olması söz konusu iken, devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin de birlikte sorumluluğu mevcut olmakla beraber, bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı tutulmuştur.

İşyerinin bir bölümünün devrinde ise, devredilen bölüm üzerinde devralan işveren her türlü yönetim ve denetim hakkını üstlenmekte, devreden işverenin sorumluluğu ise o bölümle sınırlı olarak sona ermektedir. İşyerinin bütünüyle devrinde olduğu gibi işyerinin bir bölümünün devrinde de, devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu bulunmakta ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı tutulmaktadır.

E. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULMASI

⇒ **Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için aranan şartlar nelerdir?**

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması için aranacak şartlar 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 4’üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre asıl-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için;

- Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.
- Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.
- Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır.
- Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.
- Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurulmasına engel teşkil etmez.

AÇIKLAMA:

Alt işverenden söz edebilmek için, o işyerinde öncelikle asıl işverenin ve asıl işverene bağlı olarak çalışan işçilerin varlığı zorunludur.

Kural olarak asıl işverenin, alt işverenin işçileri ile herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Buna karşılık, alt işveren kendi işçileri karşısında işveren niteliği taşır¹⁶.

16 SÜZEK, Sarper; Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 2010/25, s. 13 (Kurulma)

Alt işverenin asıl işverenden aldığı iş, asıl işin bir bölümünde yürütül-
mekte olan işler olabileceği gibi yardımcı işler kapsamında değerlendirilen
bir iş de olabilir. Ancak her iki durumda da belirleyici olan unsur, alınan işin
“işyerinde yürütülmekte olan asıl işle doğrudan ilgisinin olmasıdır.”

Konu, İş Kanunu’nda alt işvereni düzenleyen ikinci maddenin gerekçe-
sinde şu şekilde açıklanmıştır.

“Bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “*aslî işin bir bölümünde*” veya “*yardımcı işlerinde*” iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen **aslî ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren**, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.”

Yargıtay konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda; “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. (Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, 22.12.2008 tarih, 2008/41355 E., 2008/34683 K.)” sonucuna varmıştır.

Öte yandan asıl işverenden alınan işin, asıl işverene ait işyerinde yapılması gerekmektedir. Asıl işverenden alınan işin, alt işverene ait bir başka işyerinde yapılması halinde asıl-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir.

Alt işveren işçisinin kimi zaman başka işyerlerinde çalıştırılması halinde, bu işçi açısından asıl-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir.

Düzenleme aynı zamanda alt işveren işçilerinin, sadece alındıkları işlerde çalıştırılmalarını, işverenin başka işlerinde çalıştırılmamalarını da kapsamaktadır.

Yargıtay bir kararında; “*Temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafından hizmet içi eğitime de tabi tutularak asıl işverenin asli ve*

sürekli işlerinde çalıştırılmış olması halinde bu işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olduğu ve bu işverene ait işyerine iadesinin gerektiği” sonucuna varmıştır. (Yargıtay 9 Hukuk Dairesi; 9.11.2005 tarih, 2005/30958 E., 2005/35533 K.)

Bir başka kararında ise alt işveren işçilerinin, asıl işverenin işçileri ile birlikte üretim işinde yan yana çalışmaları halinde, ortada muvazaalı bir durumun olduğu ve gerçek işverenin sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır (Yargıtay 9 Hukuk Dairesi; 17.1.2006 gün, 2005/37074 E., 2005/348 K.)¹⁷.

Daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse ile alt işveren ilişkisi kurulmamasını içeren Yönetmelik hükmü, aynı zamanda İş Kanunumuz’un ikinci maddesinin 7’nci fıkrasında yer almaktadır. Düzenleme, iyiniyetli uygulamaları engelleyeceği ve Anayasa’nın 48’inci maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olacağı gerekçeleri ile eleştirilmiştir. Ancak düzenlemenin Anayasa’ya uygun yorumlanması gerektiği, amacın aynı işyerinde çalışmış olanların alt işveren olmalarını mutlak bir şekilde engellemek değil, muvazaalı uygulamaları engellemek istediği ifade edilmiştir. Örneğin, işçi işyerinden ayrıldıktan sonra uzunca bir zaman geçmiş ve artık gerçekten bir girişimci olarak faaliyet göstermeye başlamış ise bu kişinin eski işyerinde alt işveren olarak çalışmasına bir engel olmaması gerektiği vurgulanmıştır¹⁸.

Öte yandan asıl işverenin bir ortağının hissesini devrederek alt işveren sıfatı ile iş alması ve hatta asıl işverende hissedarlığı devam ederken alt işverenin sıfatını kazanması yasada yasaklanmış değildir. Aynı şekilde asıl işverenin bir işçisinin tüzel kişi şirketin veya kurulacak adi ortaklığın hissedarı olması yönünde yasada bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak bu yasaklanmanın bulunmaması, ilişkinin muvazaaya dayandığı iddiasının gündeme getirilmesine ve bunun her türlü delille ispatlanmasına engel değildir¹⁹.

17 ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL Şahin; Üçlü İlişkiler, s. 32

18 SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, s. 157

19 ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin; Üçlü İlişkiler, s.21

⇒ **Alt işverenler işyerini bildirmek zorunda mıdır?**

Alt işveren, kendi işyeri için İş Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.

Alt işveren, işyerinin tescili için, şekli Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca belirlenen işyeri bildirgesi ile birlikte Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde belirtilen belgeleri Bölge Müdürlüğü'ne²⁰ verecektir.

15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun üçüncü maddesinde yapılan değişiklikle; alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması, Bölge Müdürlüğü'nce tescili yapılan işyerine ait belgelerin gerektiğinde iş müfettişlerince incelenerek muvazaa varlığının tespiti halinde hazırlanan gerekçeli müfettiş raporunun işverene tebliği ve tebliğden sonra işverenlerce izlenecek hukuki yollara ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenlemenin kanuni gerekçesi ise şu şekildedir:

“Asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişkinin yazılı yapılması şartı getirilmiştir. Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çeşitli yorum ve problemlere yol açmaktadır. Yazılı hale getirildiğinde itiraz ve yoruma mahal kalmamaktadır.

4857 sayılı Kanununun 2'nci maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır. 4857 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinde yapılan düzenleme ile işi devralan alt işverenin Bölge Müdürlüğü'ne tescil için müracaat etmesi, Bölge Müdürlüğü'nce başvuru belgelerinin gerektiğinde İş Müfettişine incelettirilmesi ve muvazaalı bir durumun tespiti halinde tescilin iptal edilmesi öngörülmektedir.”

20 2 Kasım 2011 tarih ve 28103 sayılı (mükerrer) Resmi Gazete'de “665 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”nin 25'inci maddesi ile mevzuatta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne yapılan atıfların “**Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne**” yapılmış sayılacağı yönünde düzenleme yapılmıştır.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 5'nci maddesine göre; "Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir."

İş Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre bildirim için **bir aylık bir süre** öngörülmüştür.

⇒ **İşyeri bildirgesi ile birlikte verilmesi gereken belgeler nelerdir?**

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 6'nci maddesinde işyeri bildirgesi ile verilecek belgelere açıklık getirilmiştir.

İşyeri bildirgesi ile birlikte;

- a) Tüzel kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi sureti,
- b) İmza sirküleri,
- c) Alt işverenlik sözleşmesi ve ekleri,

işyerinin kayıtlı olduğu ÇSGB Bölge Müdürlüğü'ne verilecektir.

⇒ **Bölge Müdürlüğü'nce işyeri tescili nasıl yapılacak?**

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 7'nci maddesi uyarınca bildirimde bulunan alt işverenin işyeri, Bölge Müdürlüğü'nce, tescil edilerek işyeri için bir sicil numarası verilecektir.

İşyeri bildirgesinde beyan edilen bilgilerin ve eklenmesi gereken belgelerin eksik veya gerçeğe aykırı olması halinde işyerinin tescili yapılmayacaktır.

⇒ **Alt İşverenlik Sözleşmesi'nin şekli ve içinde yer alması gereken hususlar nelerdir?**

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 9 ve 10'uncu maddelerinde düzenlenecek sözleşme ve sözleşme içeriğinde yer alması gereken hususlar düzenlenmiştir.

Alt işverenlik sözleşmesi, asıl işveren ile alt işveren arasında **yazılı** şekilde yapılacaktır.

Yönetmeliğin 10'uncu maddesine göre Alt İşverenlik Sözleşmesi'nde yer alması gereken hususlar şu şekilde belirlenmiştir:

- a) Asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi,
- b) Asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliği ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olması halinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi,
- c) İşyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu,
- ç) Alt işverene verilen işin ne olduğu,
- d) Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama,
- e) Taraflarca öngörölmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri,
- f) Alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği,
- g) Kanununun 2'nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlölüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı,
- ğ) Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması halinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı,
- h) Alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütölme esasları,
- ı) Asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası.

Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi halinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.”

Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasında; asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede ancak yukarıda belirtilen hususların yer alması halinde söz konusu sözleşmenin alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebileceğine dair bir hükme yer verilmiştir.

⇒ **İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş nedir?**

İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasında yer alan ve gerek uygulamayı, gerek akademik görüşleri, gerekse yargı kararlarını en fazla meşgul eden konuların başında "***işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş***" kavramı gelmektedir.

2003 yılında yayımlanan İş Kanunumuzda yer alan ve o tarihten bu yana üzerinde genel bir uzlaşma sağlanamayan "***işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş***" konusu Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11'nci maddesinde aşağıdaki şekilde değerlendirilmiştir.

"İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir.

İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır.

Ancak asıl iş;

a) İşletmenin ve işin gereği,

b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi,

şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.

Asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez."

AÇIKLAMA:

İş Kanunu'nda yer alan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş” ifadesi, Yönetmeliğin yukarıda yer verilen hükmü ile kanunu aşacak şekilde dar ve katı biçimde düzenlenmiştir.

Alt işveren uygulamalarının salt maliyetlerin düşürülmesi amacıyla yapıldığı, bu amaçtan hareketle işçi ücretlerinin düşürüldüğü, sosyal güvenlik yükümlülüklerinden kaçınma yahut sendikal ve toplu iş sözleşme haklarının kısıtlanması yoluna gidildiği yönündeki gerekçeler, alt işverenlik kurumuna yönelik kısıtlayıcı düzenlemelere kaynaklık etmiş, iyi niyetli alt işverenlik uygulamalarını da adeta kullanılamaz hale getirmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekirken, söz konusu tartışma esas itibariyle “**asıl işlerin**” alt işverene verilmesinde yaşanmaktadır.

Asıl işlerin alt işverene verilebilmesinin temel koşullarından olan “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” ifadesinde yer alan “*İşletmenin ve işin gereği*” kavramları ile “*teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş*” kavramının birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı aranacağı doktrinde ve yargı kararlarında ağırlıklı biçimde tartışılmıştır.

Alt İşverenlik Yönetmeliği bu tartışmayı kendi açısından, 11'inci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında yer verdiği düzenleme ile sonuçlandırmıştır.

Bu fıkralara göre asıl iş “işletmenin ve işin gereği”, “teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi” şartlarının **birlikte gerçekleşmesi halinde** bölünerek alt işverene verilebilecektir.

Bu düzenleme “İşverenin alt işverene iş verebilmesi için hem işletme ve işin gereklerinin varlığı, yani işverenin ekonomik güçlük veya yeniden yapılanma (reorganizasyon), verimlilik ve rekabet gerekleri ile karşı karşıya kalması hem de buna aynı zamanda teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işin olması koşulunun eklenmesi gerekecektir. Bu koşulların aynı zamanda ve aynı olayda bir arada gerçekleşmesinin güçlüğü ortadadır. Böyle bir aşırı kısıtlama, çalışma yaşamında duruma göre makul ve haklı nedenlerle ihtiyaç duyulan ve iyiniyetle yapılabilecek alt işveren sözleşmelerinin

kurulmasını da olanaksız hale getirir. Sanayi ve hizmet sektörünü alt işveren kurumunun getirebileceği muhtemel olumlu katkılardan yoksun bırakmak ülke ekonomisi açısından da uygun değildir” görüşleriyle eleştirilmiş ve ayrıca “Anayasa’nın sözleşme, girişim ve çalışma özgürlüğünü düzenleyen 48’nci maddesi ile de uyumlu olmadığı, bu yaklaşımın hakkın özüne dokunacak mahiyette olduğu” vurgulanmıştır²¹.

Yargıtay son dönemde vermiş olduğu kararlarda asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” unsurlarının bir arada olması gerektiğini ve bunlardan “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” kavramının “baskın öge” olduğunu kararlarında vurgulamaktadır²².

Konunun bir başka önemli yönünü de “Alt işverenin üstlendiği işi bölerek başka bir alt işverene vermesi” oluşturmaktadır. Kanunda engelleyici hüküm bulunmamasına rağmen Yönetmelikte bu husus açık olarak engellenmiştir. Düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştirilerde, Yönetmelikle kanunda yer almayan bir sınırlamanın getirilmesinin hukuka aykırı olduğunda kuşku bulunmadığı özellikle ifade edilmiş, Anayasa’nın 124’üncü maddesinde yer alan Yönetmeliklerle ilgili temel düzenlemeyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır²³.

Alt işverenin, “uzmanlık” özelliği baskın öge olarak kabul edilse bile ince teknikler gerektiren ve özelliği olan bazı durumlarda istisnaen daha uzman bir alt işverene ihtiyaç duyulması mümkündür. Uzmanlık koşuluna uygun düşebilecek bu gibi istisnai durumlarda alt işveren, o duruma özgü olarak diğer bir alt işverene iş verebilmelidir. Öte yandan yardımcı işlerde İş Kanunu’nun 2’nci maddesinin 6’ncı fıkrasında öngörülen koşul aranmadığından, alt işverenin -bir muvazaa söz konusu olmamak koşulu ile- üstlen-

21 SÜZEK, Sarper; Kurulma, s. 19

22 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; 5.5.2008 tarih, E. 2008/15362, K. 2008/11408; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; 13.10.2008 tarih, E. 2008/32916, K. 2008/56551

23 EKONOMİ, Münir; 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, sayı 12, s.12, (Sayısal Esneklik); CEN-TEL, Tankut; Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, sayı 12, s.41

diği işi bölmesine engel yoktur²⁴. Nitekim inşaat sektöründe, örneğın bir baraj yapımında, üstlenilen asıl işın bir bölümünün, sözleşmede alt işverene yetki tanınmış ise aranan şartlara uyulmak koşulu ile başka işverenlere verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir²⁵.

İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasının son cümlesinde yer alan “işletmenin ve işın gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” ifadesinin kanun gerekçesinde şu açıklamaya yer verilmiştir. “Bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işın “bir bölümünde” iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır.”

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasının “e” bendinde “alt işverene verilen asıl işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” yönünde bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır.

Yönetmeliğin bu hükmünden hareketle, asıl işın bölünerek, bir bölümünün alt işverene verilmesi halinde, gerekçede yer alan “aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı” şeklindeki ifadenin, asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevli olanlar dışında anlaşılması mümkündür.

⇒ **Yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde işletme ve işın gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık kriterleri aranacak mıdır?**

“**Yardımcı işler**” olarak tanımlanan ve klasik olarak “yemek, temizlik ve güvenlik vb. işler olarak örneklenen” faaliyetlerin alt işverene verilmesi açısından “işletme ve işın gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” kriterlerinin göz önünde bulundurulması gereği bulunmamaktadır.

24 SÜZEK, Sarper; Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 2010/27, s. 940-941

25 EKONOMİ, Münir; Sayısal Esneklik, s.12

İş Kanunu'nun konuyu düzenleyen 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkralarına ilişkin kanun gerekçelerinde bu husus açık biçimde ifade edilmiştir. Bu gerekçeye göre; *“Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır.”*

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinin “c” bendinde “yardımcı işler”, “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 işler” şeklinde tanımlanmıştır.

Kurulan ilişkinin muvazaa taşımaması koşulu, yardımcı işler açısından aynen geçerliliğini korumaktadır.

⇒ **Asıl- alt işveren ilişkisinde muvazaa nasıl incelenecek?**

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinde konuyla ilgili ayrıntılı düzenleme yapılmıştır.

Alt işverence tescilli yapılan işyeri için verilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere Bölge Müdürlüğü'nce İş Teftiş Grup Başkanlığı'na intikal ettirilecektir.

İş Teftiş Grup Başkanlığı'nca yapılacak muvazaa incelemesinde özellikle;

a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,

b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,

c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,

ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,

d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,

e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,

f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,

g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı,

hususları göz önünde bulundurulacaktır.

Yönetmeliğin 12'nci maddesinin yukarıda yer verilen hükümleri değerlendirildiğinde maddenin asıl-alt işveren ilişkisini bir bütün olarak değerlendirerek bir sonuca vardığı görülmektedir. Ancak bütünü itibariyle geçerli bir asıl-alt işveren ilişkisinin olduğu durumlarda dahi bu sonuç bazı işçiler açısından doğru olmayabilecek, yahut geçersiz görülebilecek bir asıl-alt işveren ilişkisinde bazı işçiler açısından asıl-alt işveren ilişkisinin varlığını sürdürdüğünden söz edilebilecektir.

⇒ **İnceleme sonucunda yapılacak işlemler nelerdir?**

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesi inceleme sonrasında yapılacak işlemlere açıklık getirmektedir.

Bu maddeye göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin iş müfettişlerince incelenmesi sonucunda muvazaanın tespit edilmesi halinde buna ilişkin gerekçeli müfettiş raporu bölge müdürlüğüne işverenlere tebliğ edilecektir.

Tebliğ tarihinden itibaren 6 işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilecektir.

İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bir diğer ifade ile yerel mahkemenin vereceği karara karşı temyiz imkanı bulunmamaktadır.

Rapora 6 işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaanın tespitini onamış ise tescil işlemi bölge müdürlüğünce iptal edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaklardır.

İş müfettişinin muvazaalı işlemi tespit etmesi durumunda; itiraz süresinin geçmesi ya da mahkeme kararı ile muvazaanın onanması halinde asıl işveren ve alt işveren veya vekillerine idari para cezası uygulanacaktır.

AÇIKLAMA:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, asıl ve alt işverenlere tebliğ edilen müfettiş raporuna 6 işgünlük süre içinde itiraz edilmek zorundadır. Bu süre, hak düşürücü bir süre olup süre geçirildikten sonra rapora karşı izlenebilecek herhangi bir itiraz ya da dava yolu bulunmamaktadır.

İtiraz, yetkili iş mahkemesine yapılacaktır.

Yetkili iş mahkemesi konusunda Yargıtay 2010 yılında vermiş olduğu kararda işyerinin bulunduğu yere en yakın yer mahkemesini yetkili görmemiş, davalının ikametgahı mahkemesinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır²⁶. Davalı idare olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ikametgahı (yerleşim yeri) Ankara'dır. Ancak varılan bu sonuç ülke çapındaki bütün itiraz davalarının Ankara'da açılmasına ve davaların burada yığılmasına neden olacağı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiş ve taşra teşkilatı kurma yetkisi bulunan Bakanlığın bölge müdürlükleri nezdinde de bu davaların açılabilmesi gerektiği, bunun yerleşim yeri Ankara dışında olan davacılara da kolaylık sağlayacağı yönünde görüşleri sürülmüştür²⁷.

26 ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL Şahin; Üçlü İlişkiler, s. 41; Yargıtay 9 Hukuk Dairesi. 8.6.2010 tarih, 2010/18155 Esas, 2010/17061

27 YILMAZ, Ejder; Müfettiş Raporuna İtiraz, s.17; "İtiraz davası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (İdare) aleyhine açılacağına göre, davanın kural olarak Ankara'da açılacağı; diğer bir ifadeyle yetkili mahkemenin, Ankara iş mahkemesi olacağı anlaşılmaktadır. Ancak, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 3146 sayılı Kanun"un 28'inci maddesine göre bakanlık, taşra teşkilatı kurmaya yetkilidir ve buna göre bazı illerde bölge müdürlükleri kurulmuştur. Şubenin yetkisine dair HUMK m.17 hükmü çerçevesinde işlemi yapan bölge müdürlüğünün bulunduğu yerde de itiraz davası açılabilir. Böylece, ülke çapındaki bütün itiraz davalarının Ankara'da açılması suretiyle davaların Ankara iş mahkemelerinde yığılmasının önüne geçilmiş olacağı gibi, yerleşim yeri Ankara dışında olan davacılara da kolaylık sağlanmış olur."

Yerel mahkemenin vereceği karar kesin olup, karar aleyhine temyizden Yargıtay'a başvurulamayacaktır.

İlk derece mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna gidilememesinin, "yasa yoluna (temyize) gitmenin hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu, ancak çok önemsiz uyuşmazlıklarda ve istisnaen bu yolun kapatıldığı, işçi-işveren ve hatta ülke ekonomisi bakımından çok önemli sonuçlar doğuran itiraz davasının, "istisna" olmaya müsait olmadığı, ilk derece mahkemesinin yanlış karar vermesi halinde Yargıtay'ın müdahalesini ve daha da önemlisi bu konuda ülke çapında hukuk birliğinin temini için içtihat oluşmasını engellediği gerekçeleri ile Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu" ifade edilmiştir²⁸.

F. DİĞER KONULAR

⇒ Uygulanacak idari para cezası nedir?

İş Kanunumuzun "İşyerini bildirme yükümlülüğüne aykırılık" başlıklı 98'nci maddesi konuyla ilgili idari para cezası yaptırımını aşağıdaki şekilde düzenlemiştir.

"Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, 85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası, 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir.

Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır."

İş Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan işyerinin muvazaalı olarak bildirilmesi halinde asıl işveren ile alt işveren için ayrı ayrı

28 YILMAZ, Ejder; Müfettiş Raporuna İtiraz, s.20-21

uygulanacak olan para cezası tutarı 2011 yılı için 12.327 TL, 2012 yılı için 13.592 TL'dir.

⇒ **Yönetmeliğin getirdiği düzenlemeler hangi tarihten sonra kurulan ilişkiler açısından geçerlidir?**

Yönetmelik, 27 Eylül 2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yayımlandığı tarih itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik Geçici 1'nci maddesi uyarınca Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde Yönetmeliğin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen belgelerin aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme ile iş müfettişlerinin inceleme yapabilme yetkisi mevcut ve Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce kurulmuş alt işverenlik ilişkilerini de kapsayacak şekilde genişletilmiş, yürürlük tarihinden önce kurulmuş alt işverenlik ilişkileri yalnızca 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasında aranan belgelerden muaf tutulmuştur. Düzenleme uyarınca, muvazaalı olarak kurulmuş olan bir hukuki ilişkinin tespiti her zaman yapılabilecektir. Kanun'un amir hükümleri uyarınca muvazaalı bir iş ilişkisindeki alt işveren işçileri söz konusu ilişki ne zaman kurulmuş olursa olsun en başından beri asıl işverenin işçileri sayılacak ve bu ilişkinin tespiti halinde İş Kanunu'nda belirtilen idari para cezaları alt işveren ilişkisinin kuruluş tarihinden bağımsız olarak uygulanacaktır.

⇒ **Kayıt dışı alt işveren işyerlerinin tescil işlemleri nasıl gerçekleştirilecek?**

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 8'inci maddesi kayıt dışı alt işveren işyerlerine ilişkin yapılacak işlemleri aşağıdaki şekilde düzenlemiştir.

“Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarının denetim elemanları işyerlerinde yapılan denetimlerde ya da ihale makamları, ruhsata tabi işlerde (maden arama ve işletme, inşaat, taş ocağı ve benzeri) ruhsatı veren merciler (valilikler, kaymakamlıklar, beledi-

yeler), sosyal güvenlik il müdürlükleri, vergi daireleri de kendi mevzuatları açısından yaptıkları işlemler sırasında, işyerlerinin Kanunun 3 üncü maddesine göre ilgili bölge müdürlüğüne bildirimde bulunup bulunmadığını kontrol ederler. Bildirim yapmamış olan işyerlerinin unvan ve adreslerini ilgili bölge müdürlüğüne bir yazı ile en geç 15 gün içinde bildirirler.

Denetim elemanlarınca veya kamu kurumlarınca yapılan bildirimler dikkate alınarak bölge müdürlüğüne Kanunun 3 üncü maddesine göre gerekli işlemler yapılır.”

⇒ **Alt işverenin değişmesi halinde alt işveren işçilerinin yeni alt işverende çalışmaya devam etmeleri durumunda ne olacak?**

Alt işverenin çalışma süresinin sona ermesi, işçileriyle birlikte tümüyle işyerinden ayrılması ve bu kişilerin halen alt işverenin işçisi olmaya devam etmeleri halinde, asıl işveren açısından bu işçilerle ilgili olarak feshe bağlı haklar açısından herhangi bir sorumluluk ortaya çıkmayacaktır. Ancak bu kişilerin asıl işverende çalıştıkları süreyle sınırlı olarak çalışma karşılığı hak ettiği diğer işçilik hakları açısından asıl işveren alt işverenle birlikte sorumlu olmaya devam edecektir.

Aynı koşullarda alt işveren işçilerinin asıl işverendeki çalışma süresinin bitiminde iş sözleşmelerinin alt işveren tarafından feshedilmesi halinde ise asıl işverenin de feshe bağlı haklardan dolayı sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu noktada fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı anda sonuç doğuran bir irade bildirimini olduğunu hatırlatmakta yarar bulunmaktadır.

Öte yandan, alt işveren işyerinden ayrılmış olmakla birlikte işçilerinin aynı işyerinde yeni alt işveren işçisi olarak çalışmaya başlamaları halinde bu durum Yargıtay kararları ile desteklendiği üzere alt işverenler arasında “işyeri devri” olarak kabul edilmektedir. Yargıtay konuyla ilgili olarak verdiği kararda şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş

sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirim karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir. Daire uygulaması bu yöndedir²⁹.”

⇒ **Toplu iş hukuku açısından asıl- alt işveren uygulamasının sonuçları nelerdir?**

Kural olarak, alt işveren işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanları bulunmamaktadır. Bu durum yardımcı işlerde yahutta asıl işin bir bölümünde çalışan alt işveren işçileri için aynen geçerlidir.

Yargıtay’da vermiş olduğu kararlarda aynı sonuca varmaktadır³⁰.

Alt işverene ait işyerinin bağımsız bir işyeri olduğuna ilişkin düzenlemeler nedeniyle ortaya çıkan bu sonuç şüphesiz ki geçerli bir asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu koşullarda geçerlidir.

Alt işverenin sahip olduğu işyerinin “bağımsız ve ayrı bir işyeri” kabul edilmesinin bir başka sonucu da asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki tespitinde alt işveren işçilerinin çoğunluk tespitinde hesaba katılmayacak olmalarıdır³¹.

Öte yandan alt işveren işçilerinin, alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı da şüphesizdir.

29 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 5.5.2008 tarih; E. 2008/13627, K. 2008/11315; Kararın tam metnine Ekler bölümünde yer alan Yargıtay kararları arasında yer verilmiştir.

30 Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, 25.03.2004 tarih; 2003/16528 E., 2004/5827 K.

31 AYKAÇ, Hande Bahar; Alt İşveren, s.269

Asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanarak geçerli kabul edilmediği durumlarda ise, alt işveren işçileri baştan beri asıl işveren işçisi sayılacakları için, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları, ilgili sendikaya üye olmaları veya dayanışma aidatı ödemeleri halinde söz konusu olacaktır³².

IV. SONUÇ

Alt işveren uygulaması, sadece ülkemizde değil tüm dünyada giderek yaygınlaşan bir üretim yöntemi olarak hızlı bir gelişme göstermektedir.

Rekabetin uluslararası boyutu ve hızı karşısında bu gelişimin devam edeceğine şüphe bulunmamaktadır.

Alt işverenlik uygulaması şirketler için uzman işgücünün esnek bir şekilde kullanılması ile istihdam kapasitesinin artırılmasına imkan sağlamaktadır. Bir başka ifade ile alt işverenlik, işyerleri açısından “en başarılı oldukları işe odaklanma” fırsatını sunan önemli bir üretim biçimidir. Ani talep artışlarının en hızlı şekilde karşılanabilmesi de alt işveren uygulamaları sayesinde mümkün olabilmektedir. KOBİ’ler açısından bu etki daha büyük önem taşımakta, mali ve organizasyonel risklerin dağıtımını sağlayarak devamlılığı mümkün hale getirmektedir.

Alt işveren ve asıl işverenin çoğu zaman aynı iş ortamını paylaşmaları ve aynı tedarik zincirinin parçaları olmaları, asıl-alt işveren işçilerinin aynı ortamda çalışmaları çeşitli sorunları da gündeme taşımaktadır.

Alt işverenlik uygulamalarının gösterdiği gelişmeye paralel olarak, alt işveren işçilerinin çalışma koşulları üzerindeki tartışmalar hem ülkemizde hem dünyada artmış durumdadır.

Avrupa Birliği’nde ve Uluslararası Çalışma Örgütü nezdinde konuyu bütünüyle ele alan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, AB ülkelerinde ve AB düzeyinde çözüme yönelik arayışlar devam etmektedir.

32 ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL; Şahin; Üçlü İlişkiler, s.63-64

Avrupa Parlamentosu 2009 yılında üretim zincirlerinde alt işveren çalıştıran işyerlerinin sosyal sorumluluklarına ilişkin bir rapor yayımlayarak alt işveren çalıştıran işyerlerinin sosyal sorumluluklarının artırılması için “birlikte sorumluluk” ilkesini önermiştir. Raporda Avrupa Parlamentosu ayrıca Avrupa Komisyonu’nu alt işverenlik uygulamalarında şeffaflığın artırılması amacıyla zincirleme sorumluluk konusunda bir topluluk belgesi hazırlanması doğrultusunda fizibilite çalışması yapmaya davet etmiştir³³.

Buna karşılık, Avrupa İş Dünyası Konfederasyonu (BUSINESSEUROPE), alt işverenlik uygulamalarında sorumluluk konusunu içeren yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olmadığı kanaatinde. Businessseurope’a göre işçilerinin hakları ile ilgili olarak ulusal kanunlar ve uygulamalara uymak bütün alt işverenlerin yükümlülüğüdür. Kaldı ki asıl işverenin de alt işverenin yükümlülüklerinden aynı şekilde sorumlu tutulması, alt işverenin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak yerine bunu engelleyebilir ve tüm yükün asıl işverenin üzerine yüklenmesine neden olabilir. Alt işverenlerin iş kanunlarından ve toplu iş sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlama konusunda devletin görevinin işletmelere, örgütlere veya diğer paydaşlara devredilmesi büyük ve uygulamada başarı sağlamayacak bir değişiklik olacaktır. Yine Businessseurope’a göre şirketlerin rekabet edebilirliğini engelleyebilecek ve AB’nin krizin olumsuz etkilerinden kurtulmasını yavaşlatacak tedbir ve düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir. Birlikte sorumluluk konusunda çıkarılacak yeni bir AB yasal düzenlemesinin küresel ekonomide Avrupa’nın rekabet edebilirliğini olumsuz etkileyeceği açıktır³⁴.

AB, asıl-alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluğun olup olmasını tartışırken ülkemiz çalışma mevzuatında bu sorumluluğa çok uzun yıllar önce geçilmiş, ayrıca alt işveren işçilerinin “baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılması” noktasına gelinmiş ve bununla da kalınmamış, asıl-alt işveren

33 Report on the social responsibility of subcontracting undertakings in production chains, 2008/2249 (INI), 17.02.2009, European Parliament, A6-0065/2009, Committee on Employment and Social Affairs, Raportör: Lasse Lehtinen

34 AKTEKİN Şeyda; Üretim Zincirlerinde Alt İşveren Çalıştıran İşyerlerinin Sosyal Sorumluluğu Hakkında AP Kararı ve Ülkemiz mevzuatı, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, sayı.14, s.272-275

ilişkinin kurulmasından işletilmesine tüm basamakları açısından çok farklı sınırlamalar öngörülmüştür.

Getirilen son sınırlamalarla birlikte Türkiye’de asıl-alt işveren ilişkisi fiilen neredeyse ortadan kalkmıştır.

Çözümü, yeni bir mevzuat değişikliği getirebilir ise de; “bugüne kadar yapılan her düzenlemenin sorunu daha derinleştirip karmaşık hale getirdiği ve işçi, işveren ve tüm kesimlerin şikayet ettiği yozlaşmış bir kurum haline getirdiği³⁵”, eleştirileri dikkate alındığında yeni bir düzenleme yapılması önerisinde dahi bulunurken ihtiyatlı olma refleksi gelişmiştir.

Sonuç olarak; “çalışanları koruma saikiyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasını güçleştirici katı kurallar koyarak işverenleri sonsuz esnek (!) olan kayıtdışılığa itmemek gerektiği gibi hem işveren, hem de düzenleyici olan kamu otoritesinin bu konudaki önceliği, alt işverenliği olabildiğince sınırlamalardan uzak, fakat çalışanların kötüniyetli uygulamalardan etkilenmeyecekleri şekilde haklarının güvence altına alındığı; alt işverenlik ilişkisinin tamamen kötüniyetli uygulamalar içermediği, bir ihtiyaçtan doğduğu göz ardı edilmeksizin, işsizliğin halen önemli bir sorun olarak görüldüğü ülkemizde alt işverenlik uygulamasını, işletmelerin esneklik ihtiyacına cevap veremeyecek derecede kısıtlayarak uygulanamaz hale getirmenin rasyonel olmadığı, kamu kuruluşlarına imtiyaz tanımak için getirilen ve yargı kararlarıyla uygulama imkanı kalmayan hükümlerin İş Kanunu’ndan çıkarılması gerektiği” yönündeki görüşlerin³⁶ yerindeliği açıktır.

Mevzuatta yapılacak düzenleme ile;

- Kamu ve özel sektör arasındaki ayrım kaldırılmalı,
- Alt işveren ilişkisinin kurulmasında “işletmenin gerekleri”, “işin gerekleri” veya “uzmanlık gerektirmesi” kriterlerinin her biri alt işveren ilişkisinin kurulmasına gerekçe oluşturabilmeli,

35 CANBOLAT, Talat; Yozlaşmış “Alt İşverenlik (Taşeronluk)” , Tes-İş Dergisi Ağustos 2010, s.103

36 SAYIN, Ali Kemal; Türk Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk-İş Dergisi, 2011/3, s.31

- İşyerinde çalıştırılan kimse ile daha sonra alt işveren ilişkisi kurulma yasağı kaldırılmalı,
- Alt işverenin üstlendiği işi bölerek bir başka alt işverene vermesine dönük sınırlayıcı hüküm kaldırılmalı,
- Alt işveren ilişkisinin kanuni düzenlemelere aykırı bulunması halinde alt işveren işçisinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılması sonucunu doğuran Türk hukukuna özgü ve başka ülkelerde rastlanmayan düzenleme kaldırılmalı,
- Kamu kuruluşlarının hizmet alımı yoluyla gerçekleştirdikleri alt işveren uygulamaları açısından alt işveren işçilerinin hakları ihale mevzuatında yapılacak düzenlemelerle güvence altına alınmalı, işin yaklaşık maliyeti bu güvenceleri ve maliyetlerini kapsayan işçilikler üzerinden belirlenmeli,
- Muvazaa ve muvazaanın idari bir işlemle tespitine ilişkin düzenlemeler kaldırılmalı,
- Muvazaa gibi varlığının ispatlanması zor, yokluğunun ispatlanması ise daha da zor olan karmaşık bir hukuki olgunun tespitini yapan idari işleme karşı yargı denetiminin; 6 işgünü gibi kısa bir süre ve temyiz incelemesinden yoksun tutularak sınırlandırılmasını öngören hükmün, ülkenin ekonomik çıkarları, hakkaniyet ve olması gereken hukuk açısından değiştirilerek en az otuz günlük bir dava açma süresi tanınmalı ve temyiz yolu açılmalı.

ve düzenlemelerin nihai amacı alt işveren ilişkisinin kurulmasının önlenmesi değil kurulan ilişkinin işçilerin haklarının istismarı ile sonuçlanmaması olmalıdır.

* * *

EKLER

EK 1: Yargıtay Kararları

EK 2: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Panel ve Görüşmeler” isimli İş Müfettişleri Derneği tarafından yayımlanan kitaba İş Müfettişleri Derneği Yönetim Kurulu tarafından yazılan Önsöz.

EK: 1 YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Tarih: 2.2.2011; E. 2010/21-739; K. 2011/5

- İş kazasında asıl- alt işverenin sorumluluğu,
- 1475 sayılı İş Kanunu döneminde meydana gelen iş kazasının o dönemde yürürlükte bulunan kurallar çerçevesinde çözümleneceği,
- İşyerinde üretilen mal ve hizmet üretimine ilişkin işin verilmesi, asıl işin tamamlayıcısı yardımcı işlerin işyerindeki mal ve hizmet üretiminin bir parçası sayılması,
- Asıl işverene ait “iş” kavramının belirlenmesi gerektiği,
- Asıl işverenin asıl işi veya yardımcı işi veya teknolojik nedenle veya işin gereği uzmanlık gerektiren işle hiç ilgisi olmayan, görülen işe tamamen yabancı bir eser, yapı inşası, çatı tamiri, iş yerinin badana boyası gibi geçici işler yönünden alt işveren-üst işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceği,
- Asıl işverenin, işi anahtar teslimi üstlenen işverenin kusurundan sorumlu tutulamayacağı,
- Olayda asıl-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde asıl işverenin alt işveren işçisinin uğradığı zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği,

KARAR: Dava, iş kazası sonucu maluliyetten kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalılardan A... Tem. Ltd. Şti.'nin diğer davalıTicaret Odası Başkanlığı'ndan aldığı temizlik işinde çalışan davacı, 04.09.2002 tarihinde, cam silme işini yaparken camın dışına çıkması, çıktığı yerin kaygan olması ve emniyet kemeri kullanmaması nedeniyle üçüncü kattan aşağı düşmesi sonucu meydana gelen iş kazasında, %37,00 oranında sürekli iş göremezliğe uğramış; eldeki tazminat davasını açmıştır.

Mahkemece, davalı taraflar arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi niteliğinde olmadığı, davalı ... Ticaret Odası Başkanlığı'nın asıl işveren sıfatıyla iş kazasından diğer davalıyla birlikte sorumlu olduğu gerekçeleriyle davacının maddi tazminat talebinin reddine, manevi tazminat talebinin ise kabulü ile 12.000,00.-YTL manevi tazminatın 04.09.2002 tarihinden itibaren yasal faiziyle davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiliyle davacıya verilmesine karar verilmiştir. Hükmü taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Özel Dairece; davalılardan Ticaret Odası Başkanlığı'nın faaliyet alanı ile hizmet binasının temizlenmesi işinin birbirinden bağımsız ve ayrı işler olması; temizlik işinin bütünüyle diğer davalı A... Tem. Ltd. Şti.'ne verilmesi nedeniyle davalılardanTicaret Odası Başkanlığı ile temizlik işini üstlenen A... Tem. Ltd. Şti. arasında alt üst işveren ilişkisinin bulunmadığı; işin tamamı devrolunduğunda devreden kişinin işverenlik sıfatı devam etmediğinden, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son maddesi gereğince sorumluluğu bulunmadığı gerekçeleri ile davalılardanTicaret Odası Başkanlığı yönünden kurulan hüküm bozulmuş; davacı ile diğer davalının temyiz itirazları ise reddedilmiştir.

Mahkeme, önceki kararında direnmiş; hükmü davalılardan ... Ticaret Odası Başkanlığı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı ... Ticaret Odası Başkanlığı'nın sorumluluğunun tespitine yönelik olarak davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtmelidir ki, iş kazasının meydana geldiği 04.09.2002 tarihinde yürürlükte bulunan halen mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun "Tarif-

ler” başlıklı 1/son maddesinde bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu Kanundan ve iş akdinden doğan yükümlülüklerinden asıl işverenin de sorumlu olacağı, düzenlemesi yer almaktadır. 1475 sayılı Kanunda alt işverene verilen işin mutlaka işyerindeki üretim veya faaliyet süreci içerisinde bir iş olacağına ilişkin bir açıklık da bulunmamaktadır.

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 6.fıkrasında ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi; “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. 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.” şeklinde tanımlanmış; aynı maddenin 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.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece, salt işyerinde üretilen mal ve hizmet üretimine ilişkin bir işin verilmesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkacağı kabul edilmiş; ayrıca asıl işi tamamlayıcı nitelikteki yardımcı işler de işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretiminin bir parçası sayılmıştır.

Diğer taraftan, mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun “Üçüncü Kişinin Aracılığı” başlıklı 87.maddesi “Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işve-

ren de sorumludur. Bir işde veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işveren- den iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir.” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere, kanunda verilecek işin yapılan asıl işle ilgili olacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

Davanın dayanağı olayın meydana geldiği 04.09.2002 tarihinde de yukarıda açıklanan 1475 ve 506 sayılı Kanun hükümleri yürürlüktedir.

İş ve Sosyal Sigortalar Kanunlarının temel amacı işçiyi korumaktır. Kanunda boşluk olan durumlarda yorumla kural getirilirken işçi menfaati gözeteilmelidir. Zaman içinde gelişen durumlar da nazara alınarak maddi içerikleri tartışılmalıdır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğabilmesi için, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin bulunması, bu işverenin işyerine ait bir işin yine ona ait işyerinde görülüyor olması gerekir.

Burada önemli olan asıl işverene ait “iş” kavramının hangi iş olduğudur. Asıl işverene ait olan ve alt işverenin yapacağı iş, asıl işverenin ürettiği mal ve hizmet süreci içinde veya tamamlayıcı olmalıdır (Fevzi Şahlanan, Türk Hukukunda Alt İşveren, MESS Yayını, Temmuz 1995, s. 45). Örnek olarak; dokuma iş kolunda faaliyet gören bir işverenin ek bir bina yapımını bir başkasına vermesi o kişiyi alt işveren konumuna getirmez. Ancak, yine dokuma ile ilgili bir bölüm boyama vs. işinin verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Keza dokuma işinin temizlik, yemek taşıma ilişkisine asıl işin tamamlayıcısı özelliği nedeniyle anılan ilişki kapsamında değerlendirilmelidir (Fevzi Şahlanan, age., s.45-46; Mustafa Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s.185-186).

Günümüzde pek çok iş yerinde, teknolojik ve işin gereği uzmanlık gerektirici bir çok iş alt işverene verilmektedir. Bu bağlamda akıllı binalarda, gökdelenlerde, iş yapan firmalar elbette ki temizlik işi gibi özen ve bilgi isteyen bir işi bir başka işverene yaptırması (alt işverene) madde kapsamında görülmelidir. Uygulamada, bilindiği gibi, çoğu zaman temizlik işlerini sözleşme ile alan firmalar değiştiği halde, temizlik işinde çalışan işçiler değişmemektedir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; asıl işverenin asıl işi veya yardımcı işi veya teknolojik nedenle veya işin gereği uzmanlık gerektiren işle hiç ilgisi olmayan, görülen işe tamamen yabancı bir eser, yapı inşası, çatı tamiri, iş yerinin badana boyası gibi geçici işler yönünden elbette ki, alt işveren-üst işveren ilişkisinden bahsedilemez. Asıl işveren işi anahtar teslimi üstlenen işverenin kusurundan sorumlu tutulamaz. Yine bu bağlamda hizmet akdi ile çalışması kabul edilmeyen gündeliğe gelen temizlikçinin durumu da bundan farklıdır. Zira gündelikçi ile ev sahibi arasındaki işçi işveren ilişkisi yoktur ve bu hal-lerde genel hükümler uygulanır (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3/D.maddesi).

Somut olaya gelince;

Davalılar arasındaki 05.12.2001 tarihli “Temizlik Hizmeti Sözleşmesi” ile ... Ticaret Odası Başkanlığınca adresinde bulunan binanın (içinde bulunduğu tüm boş alanlar, bahçe, otopark ve benzeri işyerlerinin bu sözleşme esaslarına göre) genel temizliğinin yaptırılması işi diğer davalı A... Tem. Tic. Ltd. Şti.’ne verilmiştir. Anılan sözleşmenin “Kapsam” başlıklı 3. maddesinin e bendinde; “İş bu sözleşme şartlarına ve esaslarına göre yapılacak her türlü temizlik, personel durumları ve benzeri işlerin takibi ve kontrolü .. Ticaret Odası İdari İşler Müdürlüğünce yürütülecektir.” ibaresi bulunmaktadır.

Sözleşmenin açıklanan niteliğine göre, davalıTicaret Odasının diğer davalı temizlik firmasına işin tamamını devretmediği, yapılacak her türlü temizlik, personel durumları ve benzeri işlerin takip ve kontrolünün Oda İdari İşler Müdürlüğü’nce yerine getirileceği ve dolayısı ile Oda’nın üst işverenlik sıfatının devam ettiği anlaşılmalı; Yerel Mahkemece, davalılardan Ticaret Odası Başkanlığı’nın asıl işveren olduğunun kabulü ile davacı sigortalı işçinin manevi zararından alt işveren şirket ile birlikte davalı ... Ticaret Odası Başkanlığı’nın da müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuş olması yerinde olup, karar usul ve yasaya uygun olmakla onanması gerekir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 24.1.2011, E. 2009/45359, K. 2011/124

- *Koroner yoğun bakım hizmeti hastanenin asıl işi olup, davalı yönünden teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediğinden alt işverene verilmesi mümkün değildir.*

KARAR ÖZETİ: Somut olayda, davalı Sağlık Bakanlığına ait ... Hastanesi- ... davalı G... Ltd. Şti.ne bağlı şekilde koroner yoğun bakım personeli olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin ihale süresinin sona erdiği gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır.

Koroner yoğun bakım hizmeti hastanenin asıl işi olup, davalı yönünden teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediğinden alt işverene verilmesi mümkün değildir. Mahkemece davacının davalı Sağlık Bakanlığı'nın işçisi kabul edilmesi ve davalı G... Ltd. Şti. hakkındaki davanın reddi isabetli olmuştur. Ancak, davalılar arasında kanuna aykırı olduğu için geçersiz olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde davacı işçinin işverenin kim olduğu konusunda yanılması olağan karşılanmalıdır. Ayrıca davalı şirket, asıl işveren ile kanuna uygun olmayan asıl-alt işveren ilişkisinin taraflarından biridir. İş sözleşmesini fesheden konumundadır. Davanın açılmasına da sebebiyet vermiştir. Bu nedenle, davalı şirket hakkında açılan davanın husumet yönünden reddi doğru ise de, kanuna aykırı ilişki içine giren ve işçinin yanılmasına sebebiyet veren şirket lehine vekalet ücretine karar verilmesi uygun düşmez. Mahkemece davalı şirket yararına vekalet ücretine karar verilmesi hatalıdır.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 7.6.2010, E. 2010/18207, K. 2010/16763

- *Feshin geçersizliği ve işe iade davasında, feshin geçersizliğine bağlı olarak ortaya çıkan işe iade yükümlülüğü alt işverenindir.*
- *Asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğü yoktur.*
- *Asıl işverenin işe başlatmamaya bağlı ücret ve tazminat tutarı konusunda alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.*

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

KARAR: 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7. 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. 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." Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde, sözleşmede taraf sıfatı bulunmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası, işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Alt işveren-asıl işveren arasındaki ilişki, niteliğine göre, eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanır. Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır.

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

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için; alt işveren, asıl işverene ait işyerinde, asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırıyor olmalı ve asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde çalıştırmalıdır. Bu anlamda verilen iş süreklilik arz etmeli, anahtar teslimi verilmiş olmamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davacının davalı U... Özel Güvenlik Ltd. Şirket işçisi olarak güvenlik hizmetinde çalıştırıldığı, diğer davalının ise market işletmeciliği yaptığı, güvenlik hizmetinin yardımcı iş niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak davalılar arasında sözleşme getirilmediği ve incelenmediği için bu ilişkinin davalılar arasında olup olmadığı, davalı M...market şirketinin savunmasında ileri sürdüğü gibi güvenlik hizmetinin marketin bulunduğu Alışveriş Merkezi yönetimi ile olup olmadığı, davacının güvenlik hizmetini sadece M...market işyerine mi, yoksa Alışveriş Merkezinde tüm işyerlerine mi verip vermediği, bu anlamda davalılar arasında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarını taşıyıp taşımadığı anlaşılamamaktadır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

Kabule göre de, asıl işveren olduğu kabul edilen M...market şirketi yönünden feshin geçersizliği ve işe iade hükmünün kurulması isabetsizdir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, asıl-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisinin kendi işvereni olan alt işveren hakkında feshin geçersizliği ve işe iade hükmünün kurulması, feshin geçersizliğine bağlı işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden ise birlikte sorumluluğuna karar verilmelidir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 7.7.2009, E. 2008/40398, K. 2009/19939

- İşyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçer.
- İşyeri devri fesih niteliğinde olmayıp, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün değildir.
- İşyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez.
- İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur.
- İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmelidir. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır.

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, vergi iadesi ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

KARAR: İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi hükmüne göre 1475 sayılı yasanın 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından işyeri devirlerinde belirtilen hüküm uygulanmalıdır. Anılan hükme göre, işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

İşyerini miras yoluyla intikali de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde düzenlenmiş, sözü edilen hükümde mirasçılardan miras bırakanın ölümü ile mirasa bir bütün olarak hak kazanacakları açıklanmıştır.

İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 22.7.2008 gün 2007/20491 E, 2008/21645 K.).

Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir.

Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir.

Banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir.

Özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Belirtilen işlemde, işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 8.7.2008 gün ve 2008/25370 E, 2008/ 19682 K.).

İşyeri devri, fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı zamanda işyeri devri, kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez.

İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştırıcı bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K.).

Genel olarak yapılan bu açıklamaların ardından İş Hukukunda da işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır.

Somut olayda, davacı işçi değişen alt işverenlere bağlı olarak aralıksız çalışmış ve son alt işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilmiştir. İhbar tazminatı ile izin ücretinden son alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumluluğuna gidilmesi yerinde olsa da, kıdem tazminatından devreden alt işverenlerin sorumlu tutulmamış olması doğru değildir. Dava dilekçesinde önceki alt işverenler de taraf olarak gösterildiğine ve bilirkişi raporunda devreden alt işverenler yönünden kendi çalıştırdıkları süre ve son olarak ödedikleri ücret seviyesiyle sınırlı olarak bir hesaplama yapıldığına göre, varsa ödeme belgeleri de bir değerlendirmeye tabi tutularak davalı alt işverenler yönünden bir karar verilmelidir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 5.5.2008, E. 2008/15362, K. 2008/11408

- *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.*
- *Yardımcı işlerin alt işverene verilmesi herhangi bir koşula bağlı değildir. Bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir.*
- *Asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilir. Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir.*

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

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, Ankara İstasyon Müdürlüğündeki bazı hizmetleri, İş Kanununa uygun olarak taşeron firmaya devretmesi sonucunda davacı personelden apron işçisi olarak hizmet almak olanaklı olmadığından ve görev yapacağı başka bir ünite de bulunmadığından davacının iş sözleşmesinin tazminatları ödemek suretiyle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece alt işverenlik uygulamasından sonra bir yıl daha çalıştırılan davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığı hususunun ispat yükü üye-

rinde olan davalının usulünce ispatlayamadığı, bununla birlikte feshin son çare olması ilkesine de uyulduğu hususunun davalı işverence kanıtlanmadığı, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

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 getirmesini 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 halinde, 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 öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise gözönünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda öncelikle geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6. maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmeli, verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği, varsa etkilemenin ne şekilde olduğu, bütün bunlardan başka feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği araştırılmalı, sonucuna göre feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 9.6.2008, E. 2007/38668, K. 2008/14804

- *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 girmemeleridir.*
- *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, kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir.*

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

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının 2.12.2005-30.1.2006 tarihleri arasında çalıştığını, altı aylık kıdemi doldurmadığı için işe iade davası açamayacağını, iş sözleşmesinin şirketin imzaladığı müteahhitlik sözleşmesinin 30.1.2006 tarihinde sona ermesi nedeni ile feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davacının 28.2.2005 tarihinde C.. Ltd.Şti.'nin işçisi olarak işe başladığı, C... Ltd.Şti ile davalı şirket arasındaki sözleşmenin muvazaaya dayanmadığı, 2.12.2005 tarihinde davalı şirkette çalışmaya başlamasına göre 6 aylık kıdemi doldurmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı işçinin 28.2.2005 tarihinde dava dışı C... Ltd.Şti.de çalışmaya başladığı, işin davalı şirketçe üstlenilmesinden sonra aynı işyerinde bu defa davalı şirkete bağlı olarak 2.12.2005 tarihinden itibaren çalışmaya devam ettiği, 30.1.2006 tarihinde taşeronluk ilişkisinin sona erdirildiğinden söz edilerek iş sözleşmesinin davalı şirketçe feshedildiği anlaşılmaktadır.

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 Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "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. Alt işverene verilebilecek işlerin teknolojik neden gerektireceği baskın öge olarak kabul edilmektedir. Dairemiz kararları da bu yönde istikrar kazanmıştır.

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.

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. Oyle ki, alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde  ng r lm ş 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  creti 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 dava dışı C.. Ltd.şti. arasında mevcut olduğu belirtilen alt işverenlik uygulamasına ilişkin sözleşme dosyada bulunmamaktadır. Öncelikle söz konusu sözleşmenin getirilerek yukarıda belirtilen esaslara uygun olup olmadığı yönünden incelemeye tabi tutulmalı, gerekirse işyerinde keşif yapılarak uzman bilirkişi aracılığı ile alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olup olmadığı belirlenmelidir. Muvazaa bulunduğu takdirde davacı başlangıçtan itibaren dava dışı C.. Ltd.şti.'nin işçisi olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda davacının husumette yanıldığı kabul edilerek davasını gerçek işverenine yönelmesi imkanı verilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olmadığı sonucuna varıldığı takdirde ise işyerinin asıl işverenden alt işverene devredilmesi nedeni ile devirden önce geçen çalışma süresinin de göz önünde bulundurulması gerektiğinden davacının altı aylık kıdemini doldurması nedeni ile işin esasına girilerek sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Tarih: 20.12.2006, E. 2006/21-796, K. 2006/812

- *Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılır.*

KARAR: Dava, iş kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davalılardan ... A.Ş.’nin iştiğal konusunun gemi, yat yapımı ve onarımı, deniz taşımacılığı ve buna bağlı faaliyetler olduğu, diğer davalı ... Ltd. Şti. ile hangar çatılarının onarımı hususunda anlaşılıkları, her iki şirket arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, ... A.Ş.’ye yönelik davanın reddine karar verilmiştir.

Yüksek Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine yerel mahkemece direnme kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin “asıl işveren-alt işveren” niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

506 Sayılı Kanunun 87. maddesinde “aracı”, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6. maddesinde ise “asıl işveren-alt işveren” ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, “aracı” olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğretide ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ısmarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

Bunlardan; asıl işverenin yanında “taşeron” olarak adlandırılan başka işverenlerin de işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan “asıl işveren-alt işveren” ilişkisini Sosyal Sigortalar Kanunu açısından ele alan 506 Sayılı Kanunun 87. maddesi hükmü, tıpkı mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun 1/son, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6.

maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır. Amaç, işçinin sosyal güvenlik hakkı yanında, iş sözleşmesi ve İş Kanunu'ndan kaynaklanan bir kısım haklarının daha geniş koruma-güvence altına alınmasını sağlamaktır.

506 Sayılı Kanunun “Üçüncü kişinin aracılığı” başlıklı 87. maddesi; “Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir” hükmünü içermektedir. Bu hüküm ile asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, aracından söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan birtakım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce “asıl işveren”in varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve nihayet, asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asıl işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır. Aracı her şeyden önce bir “asıl işveren”in varlığını zorunlu kılmaktadır. Maddede belirtilen koşullardan birisinin dahi yokluğu durumunda aracından söz edilemez.

İşveren; 506 Sayılı Kanunun 4/1. maddesinde, “...bu kanunun 2. maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi”, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde “Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar...” olarak tanımlanmakta olup, işveren niteliği işçi çalıştırmanın doğal sonucudur. Yasanın tanımından hareketle, “asıl işveren-alt işveren” ilişkisi için, işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı

çalıştırmayan “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlarda aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, gerek Sosyal Sigortalar Kanunu, gerekse İş Kanunu açısından bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk hali söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir).

Burada önemli olan yön, “devir” olgusunun somut olayda gerçekleşmesidir.

Bu kapsamda, devirden amaçlanan, yapılmakta olan işin, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alana bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak bir işin devridir. Ekonomik olarak birbirleriyle bağlantılı bulunsalar da, bu işyerleri bağımsız sonuç elde etmeye yöneliktirler. İşin devri söz konusu değilse, bu kişiler işveren vekili olarak kabul edilebilecek, bu durumda yasanın öngördüğü ödevlerden, işi bölüp dağıtan iş sahibi, işveren niteliği ile sorumlu olacaktır.

Diğer işyerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle “işveren” sıfatına sahip olan kimse de, işverenlik sıfatına (devredilen iş dolayısıyla) sahip olmadığı için, asıl işveren olarak sorumlu bulunmayacaktır.

Aynı şekilde, işi alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına ya da ortakları ile işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kişinin diğer birtakım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır.

Yasa, alt işverenlik için, bir işte, bir işin bölüm ya da eklentilerinde işverenden iş almayı aramaktadır. 87. madde anlamında aracından söz edebilmek için, aracının aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Bir diğer anlatımla, bir işverene ait işyerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda “aracından” söz edilebilecektir. Bu anlamda bir bağlantının varlığı için işyerinde üretilen mal ya da hizmetin niteliğine bakılması gerekir. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 Sayılı Yasa uygulaması yönünden aracından söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi “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. 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” şeklinde tanımlanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmaları ise de, 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenleme bu ilişkiyi daraltıcı niteliktedir.

Anılan düzenlemede, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı, “bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş alma” ön koşuluna bağlanmıştır.

Madde gerekçesinde, “bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine

ilişkin asli işin bir bölümünde' veya 'yardımcı işyerinde' iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerine yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlandığı" ifade edilmektedir.

Davaya konu somut olaya gelince; asıl işi gemi yapım ve onarımı olan davalı ... A.Ş.'nin, hangar çatılarının onarımı hususunda diğer davalı Ltd. Şti. ile anlaşmaları, çatının yapımı sırasında, ... Ltd. Şti. işçisi olan davacılar murisinin iş kazası sonucu vefat ettiği anlaşılmaktadır.

Sözleşmede bir kısım malzemenin iş sahibi tarafından karşılanacağını belirtmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine etkisinin ne olacağı da uyuşmazlık konusudur.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yapılmış olan eser sözleşmesinde işin kaliteli ve işyeri disiplini amacıyla bir kısım hükümlerin yer alması, inşaat sahipliği dışında asıl işverenlik sıfatını doğuracak, işi alanın bağımsız işveren kimliğini ortadan kaldıracak bir etmen değildir.

Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi uyarınca, eserin imalinde kullanılacak malzemeyi yüklenici temin edebileceği gibi tarafların kararlaştırmaları üzerine malzeme iş sahibi tarafından da sağlanabilir. Bu durum, malzemelerin özenli kullanılması, hesap verme ve artan kısımlarını iade borcu, ihbar yükümlülüğü gibi konularda mükellefiyet yüklemekte olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine etkisi bulunmamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, bir sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin birleşmesi ile oluşur. Kural olarak bir irade beyanında, irade ile bildirim birbirine uyumlu olması aranır. Anılan kanunun 18. maddesinde ise, bu alanda "irade teorisi"nin hakim olduğu anlamı çıkmaktadır. Bu nedenle de, sözleşmenin tarafların gerçek irade ve arzularına uygun bulunması gerekir. Tarafların, sözleşmede yer alan kimi ifadelerle karşın, yasanın tanımladığı anlamda bir üst işveren-alt işverenlik ilişkisi yaratmayı amaçlamadıkları da ortadadır.

Belirtilen bu maddi ve yasal olgular karşısında somut olayda, işin niteliği ve yürütümü bakımından gemi yapım ve onarım işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikte olduğu belirgin bulunan çatı onarım işinde sigortalı çalıştırmayan gemi yapım ve onarım işvereni davalı ... A.Ş.'nin asıl işveren olarak nitelendirilerek, sorumluluğuna karar verilmesi mümkün değildir. Davalı Ltd. Şti.'nin yüklenimindeki işin, "asıl işin bir bölümünde" veya "yardımcı işlerinde" olduğu söylenemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.06.2004 gün ve 2004/21-326-328 sayılı ilamı, 05.05.2004 gün ve 2004/10-233-262 sayılı ilam, 04.04.2001 gün ve 2001/10309-332 sayılı ilamında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Belirtilen bu maddi ve yasal olguları dikkate alan yerel mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 28.12.2009, E. 2009/47847, K. 2009/37770

- *İdari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez.*
- *Alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir.*

KARAR ÖZETİ: 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 çıkarak asıl işin bir bölümünün alt işverene 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 getirmesini 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.fikrasında sözü edilen hususların adi 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 yarısından 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 işverene 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.fikrasında 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 yararlanmaması, 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).

Hizmet alım sözleşmesinin konusu olan hizmetlerin tamamı yardımcı işler olup, davacının temizlik işçisi olmasına rağmen fiilen sözleşmenin kapsamı dışında hastabakıcılık gibi asıl işlerde çalıştırıldığı iddia ve ispat edilmiş değildir. Davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857

sayılı İş Kanununun 2/6-7.maddesi uyarınca mümkündür. İdari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, 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 ve işyerinin niteliği de göz önünde bulundurulduğunda bu tür düzenlemelere yer verilmesi 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. Mevcut olgulara göre geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesi bulunmaktadır. Mahkemece asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılarak davacının davalı Bakanlığa ait işyerine iadesi doğru olmamıştır

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 30.3.2009, E. 2007/ 38517, K. 2009/8233

- *Alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.*
- *İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam eder.*
- *İş sözleşmesi bildirim karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir.*

KARAR ÖZETİ: 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri itibarıyla kazanmış da olabilir.

Alt işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması ile alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilmeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira, asıl işveren ya da alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından baktığımızda asıl işin tabi olduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de, 4857 sayılı İş Kanununun 3.maddesinin açık hükmü karşısında işin

alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayrık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanununun 2/III.maddesinde, “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kurala yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi düzenlenmiş bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile istisnai bir durum öngörülmiştir. Daha sonra da, aynı yasanın 3.maddesinde “Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür” şeklinde kurala yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Esasen bu çözüm tarzı alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de, bu alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır (Yargıtay HGK. 6.6.2001 gün 2001/9-711 E, 2001/820 K).

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Uygulamada işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin de kararlaştırıldığı görülmektedir. Listede isimleri yer alan işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tartışmasızdır. Ancak isimleri bulunmayan ve başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren alt iş-

veren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Asıl olan süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu hukuki işlemde alt işveren işçilerini başka bir işyerine davet etmemiş ve yeni alt işveren işverende çalışmaya devam etmeleri örtülü biçimde istenmiştir. Bunun bir tür işyeri devri olduğu kabul edilmelidir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesinde açıklanan bir husustur.

1475 sayılı yasanın 14/2.maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerinin devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerlerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimi ya-

pılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirim karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 23.3.2009, E. 2008/ 21617, K. 2009/7741

- *Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.*
- *Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı asıl işveren olmalıdır.*

KARAR ÖZETİ: 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.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı olmayacaktır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinin bulunduğu bir davada, her iki işverene birlikte açılması ve işverenler arasındaki ilişkide muvazaa bulunmaması halinde ise, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde iş sözleşmesinin tarafı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boшта geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. (Dairemizin 9.6.2008 gün ve 2007/ 40942 E., 2008/ 14420 K.)

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 23.3.2009, E. 2008/ 21615, K. 2009/7739

- *Alt işveren ilişkisi insan kaynakları şirketinden işçilik temini yoluyla kurulamaz. İşçilik temini yasada yer alan bir uygulama değildir.*

KARAR ÖZETİ: Davalı işverenin otel işletmeciliği konaklama ve eğlence işyerleri iş kolunda kalmaktadır. Otel, pansiyon, lokanta, büfe, pastane, kahvehane gibi konaklama, dinlenme ve yemek yerleri ile sinema, müzikli ve müziksiz her türlü eğlence yerleri, plaj, açık ve kapalı spor yerleri, hipodromlar, hamamlar, kaplıcalar, içmeceler, turistik tesislerde yapılan işler bu iş kolu kapsamındadır. Davalı işverenin otel hizmeti kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur. Ancak bu hizmetlerin dışında verilen restaurant ve bar, garson, komi, oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindedir. Bu hizmetlerin verilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir olgu olması gerekir. Davalı işveren bu olguyu kanıtlayamadığı gibi, sözleşme incelendiğinde, garson ve komi hizmetlerinin bir insan kaynakları şirketinden işçilik temini sureti ile alındığı anlaşılmaktadır. İşçilik temini yasada yer alan bir uygulama değildir. Diğer taraftan otel işyerine davacının çalıştığı mutfak bölümüne komi hizmeti alınması sözleşmesi fesihden yaklaşık 9 ay sonradır. Davalı işverenin davacının çalıştığı bölümü alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesine aykırı olup, iş sözleşmesini bu nedenle feshetmesi geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarih: 2.2.2009, E. 2008/ 9776, K. 2009/993

- *İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır.*
- *İşlerdeki daralma nedeni ve alt işveren uygulaması ile işçi çıkarılması kararı, bir işletmesel karardır.*

KARAR ÖZETİ: İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2.maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren işlerdeki daralma nedeni ile bir ta-

kım yardımcı işleri alt işveren uygulaması ile temin yoluna gittiğini, bu bölümleri kapattığını, diğer bölümlerde de personel azaltıldığını savunmuş, bu konuda belgeler sunmuştur. Mahkemece dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmamış, eksik inceleme ile karar verilmiştir. İşlerdeki daralma nedeni ve alt işveren uygulaması ile işçi çıkarılması kararı bir, işletmesel karardır. Alınan bu karar sonrası alt işveren uygulaması ile bazı bölümlerde istihdam fazlalığı meydana gelecektir. Somut uyuşmazlıkta, davacı kazan bölümü işçisidir. Dolayısı ile öncelikle davacının istihdam fazlası olup olmadığı belirlenmeli, dava sonra tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünden araştırma yapılmalıdır. Bunun içinde işletmesel karara ilişkin belgelerin yanında, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile fesihden önce ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgeleri getirilmeli, işyerinde keşif yapılarak, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişi incelemesi yapılmalı ve feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 10.04.2008, E.2008/12851, K. 2008/8003

- 4857 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığında alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir.

KARAR: Uyuşmazlık, olumsuz yetki tespitine itiraza ilişkindir.

.....İş Sendikası, 15.05.2007 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurarak davalı K..... A.Ş.'ye ait işyerinde işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapmak üzere çoğunluk tespitini istemiş, Bakanlıkça yapılan inceleme sonunda, adı geçen sendikanın çoğunluğu bulunmadığı saptanarak olumsuz yetki tespit yazısı sendikaya gönderilmiştir.

İtiraz eden sendika, davalı işverenin hurda hammaddeden çelik döküm işi yapılan tespite konu işyerinde, asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene vermek suretiyle böldüğünü, bunun sendikanın işyerinde çoğunluk sağlamsını önlemeye yönelik muvazaa olduğunu, bu nedenle alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin yapılması gerektiğini, alt işverenlerin ayrı işyerlerinin bulunduğu ve işçilerinin de bu işyerlerinde çalıştırıldığından bahisle yapılan olumsuz çoğunluk tespitinin iptalini ve tespite konu işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğunun bulunduğu tespitini talep etmiştir.

Davalılar, işyerinde yapılan işlerin her bir bölümünün farklı alt işverenlere gördürüldüğü ve alt işverenlerin işçilerinin sadece kendi bölümlerinde çalıştıkları, alt işverenlerin yaptıkları işlerin işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olduğu ve alt işverenlerin ayrı ayrı tüzel kişiliklere sahip olduklarından işletme kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu olmadığını belirterek, davacı sendikanın dört alt işverenle 12.04.2006 tarihinde 01.07.2005 – 30.06.2007 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi imzaladığını bu süre içerisinde taşeronlarla olan ilişkilerinde muva-

zaa iddiasında bulunmadığını savunarak davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, davacı sendikanın aynı işin bölümlerini yapan alt işverenler ile daha önce toplu iş sözleşmesi imzaladığını, muvazaa olgusunu ispatlamadığını, alt işverenler tarafından yapılan işlerin aynı çatı altında görülmesi ve asıl işverenin işçileri ile alt işveren işçilerinin birlikte çalıştırılmaları ve yapılan işin bir araya geldiğinde çelik döküm işinin bütünü oluşturması muvazaa olgusunun varlığı için yeterli olmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Gerçekten; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde getirilen kural asıl işin bölünerek alt işverene verilmemesidir. Ancak asıl işin bir bölümünün "işletmenin ve işin gereği" veya "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır. Bu koşullar asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlarını oluşturmakta olup bu sınırların aşılması durumunda diğer bir deyişle alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılmasıyla da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem göreceklere hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan 2822 sayılı Yasa'nın 15. maddesi gereği açılan yetki tespiti itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir. Kamu düzeni ile ilgili hususlarda usulü kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden davacı sendikanın daha önce muvazaayı ileri sürmeden birbirinin aynı toplu iş sözleşmelerini her bir şirketle imzalamış ve yürürlükte tutmuş olması yasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu itibarla iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle böldüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir. Alt işverenler tarafından görülmekte olan işlerin yukarıda belirtilen unsurları taşımadığı, asıl işveren

alt işveren ilişkisinde davalı işverenin asıl işin bölümlerini muvazaalı olarak alt işverenlere verdiği dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Bu aşamada mahkemece yapılacak iş, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınıp usulünce çoğunluk incelemesinin yapılarak ortaya çıkacak sonuca göre karar vermektir.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 26.04.2011, E. 2011/15435, K.2011/12313

- *İş kolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı, normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. Bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir iş kolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir. İş kolu tespit davalarında her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olduğu kabul edilip işyerinde yapılan işlerin niteliği itibariyle işkolu tespiti gerekir. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenemez. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz.*

KARAR: Davacı vekili, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işyerinde yapılan faaliyetin, İş Kolları Tüzüğü'nün 22 sıra numaralı "Ardıye ve Antrepoculuk" iş koluna girdiği yönünde tespitte bulunulduğunu, işyerinde yapılan işin kara taşıtları ve iş makinelerinin yapımı, onarımı ve bakımı olduğundan, İş Kolları Tüzüğü'nün 13 sıra numaralı "Metal" iş koluna girdiğini belirterek, Bakanlığın 03.07.2009 tarih ve 27277 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 29.06.2009 tarih ve 2009/35 karar No'lu İş Kolu Tespit Kararı'nın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Müdahale dilekçesinde L....-İş S.... vekili, davacı şirket ile M..... U.... L.... İşletmeciliği A.Ş. arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğunu, alt işveren olarak faaliyet gösteren davacı şirketin, M.... Limanı'nda limancılık hizmetlerinde kullanılan ekipmanların bakım ve onarımını yerine getirdiğini, asıl işten ayrılacak nitelikte olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 29.06.2009 tarih ve 2009/35 Sayılı İş Kolu Tespit Kararı'nın iptali ile davacı şirkete ait M... Liman İş Makineleri, Tamir, Bakım ve Onarımı unvanlı işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 13 sırasında kayıtlı "Metal" işkolunda yer aldığına tespitine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde Bakanlık ve L...-İş Sendikası vekili tarafından temyiz edilmiştir.

03.07.2009 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan İş Kolu Tespit Kararı’nda ‘M... M... S... Hizmet Ticaret A.Ş.’de yapılan incelemede; şirkete ait ‘M... Limanı İş Makinaları Tamir Bakım Onarım İşİ’ unvanlı işyerinde, asıl işveren olan ve liman hizmetleri işi yapan M..P işverenliğine ait vinç ve ekipmanlarının tamir-bakım işlerinin yapılması nedeniyle “İş Kolları Tüzüğü” nün 22 sıra numaralı “Ardiye ve Antrepoculuk” iş kolunda yer aldığı tespit edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu’nun 4. ve 60. Maddeleri uyarınca iş kolu tespitinde itiraza ilişkindir.

Öncelikle, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 4. Maddesi’ndeki “Bir işyerinin girdiği iş kolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete’de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabilirler” ifadesinde “ilgililer” sözcüğü açıklanmadığı gibi bu davanın kimin aleyhine açılacağı da belirlenmemiştir. İlgililerden genelde işveren, o işkolunda kurulu veya kurulu olduğunu iddia eden sendika anlaşılabilir. Açılan dava ile işyerinin işkolu tespitinin değişmesi söz konusu olduğundan işveren ve iş kolunda kurulu sendikalar itiraz hakkını kaybedecektir. Somut olayda olduğu gibi yapılan yargılama sonunda verilen karar aynı iş kolunda faaliyet gösteren diğer sendikaları da ilgilendirdiğinden davaya bu sendikaların da dahil edilmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, tespit kararından etkilenecek işyerinde örgütlenmiş veya iş kolu tespit kararında işyerinin girdiği iş kolu olarak gösterilen iş kolunda faaliyet gösteren sendikaların davaya dahil edilerek, göstereceği deliller ve karşı delilleri toplamak suretiyle değerlendirme yapmak olmalıdır. Bakanlık tespiti ‘22 No’lu İş Kolu’ şeklinde olduğu için bu iş koluna giren yani kurulu bulunan sendikaların bu dava sonucunda verilecek karar bakımından hukuki menfaatleri bulunmaktadır. Dairemizin istikrar kazanan görüşü de bu doğrultudadır (Y.9.H.D.’nin 2009 tarih ve 2009/41655 E, 2009/32246 K. Y9.H.D.’nin 16/6/2005 tarih ve

2005/16985 E., 2005/21462 K., Y9.H.D.'nin 9/7/1997 tarih ve 1997/12370 E., 1997/14286 K. Sayılı İçtihatları).

İş kolu tespitinde dairemiz kararlarında belirtildiği üzere aşağıdaki ilkeler dikkate alınmalıdır.

Türk Toplu İş Hukuku'ndaki normatif düzenlemelerde iş kolu kavramı önemli bir yer tutmaktadır. 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları iş kolu esasına göre kurulmaktadır (M.3). İş kolunun belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir (M.4). Anılan maddeye göre iş kolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasını müteakip bu tespite karşı ilgililerin, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri iş kolları Sendikalar Kanunu'nun 60. Maddesi'nde gösterilmiştir. Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede, bir iş koluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu tüzükte iş kollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılacağı vurgulanmıştır. (Tüz. M.3)

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun (Toplu GLK) 3'üncü Maddesi'nde "Bir toplu iş sözleşmesi aynı iş kolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir" tümcesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir gerçek ve tüzel kişiye veya kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak fıkrada

ayrık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşme yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

İş kolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir öğedir. Birbirine benzer işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.

İş kolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi'nin gerekçesinde iş yeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi iş yerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren tarafından kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişlemek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. Madde'de "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan İş Hukuku Bası 8 Ankara 1978 sh. 83-84, Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C.1, İstanbul 1987 sh.59; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri Bası 21, İstanbul 2008 sh.56- 57; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri Bası 3 İzmir 1998 sh. 121; Süzek Sarper, İş Hukuku Bası 4 Ankara 2008 sh. 173-178; Mollamahmutoğlu Hamdi İş Hukuku Bası 3 Ankara 2008 sh.191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey / Doğan, Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007 sh.23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla; hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsu dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin, işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverene de asıl işin girdiği iş kolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukuku'nda işyerinin neresi olduğu ve sınırların belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır (Doğan, Yenisey: sh. 443, 447) İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez, işyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmelidir. Ticaret Hukuku'ndaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmaktadır.

İşyeri ve işletme ayrımında organizasyon kavramıyla bir ayırtırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizas-

yon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır. Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 Sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukuku'na yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak, işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir, işletme iş kolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Tüzükteki 26 sıra numaralı "Milli Savunma" iş kolu ve 28 sıra numaralı "Genel İşler" iş koluna ilişkin düzenlemeler sebebi ile belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığı'nca işletilen işyerleri, yukarıda belirlenen kriterlere tabi değildir.

Bundan başka, M..S S.. H...Tic. A.Ş. ile M... U.. L... İ...A.Ş. arasındaki sözleşmeler getirilip incelenerek, asıl işveren alt işveren ilişkisi olup olmadığı ortaya konulmalıdır. İş kolu tespit davalarında her işverenin, bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla iş kolu tespiti gerekir. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmez. Alt işverenin iş kolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz. 2821 Sayılı Kanun'un 60/2 Maddesi'nde öngörülen ve 'bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır' kuralı, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır. Yoksa birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren işler yapılıyorsa, 'asıl iş-yardımcı iş' kavramı geçerli olmaz. İş kolu tespitinde işletme bünyesindeki işyerleri de ayrı ayrı dikkate alınır. Çünkü iş kolu tespitinde birim olarak "işyeri" esas alınır, işyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçek-

leşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. İşletme iş kolu tespiti içinde asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

O halde somut olayda yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınarak, İzmir veya İstanbul Üniversiteleri İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinden oluşacak üç kişilik bilirkişi heyetinden, gerektiğinde mahallinde keşif yapılmak sureti ile rapor alınarak karar verilmesi gerekir iken eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 29.3.2011, E. 2011/11741, K. 2011/9417

- *İşyeri, teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir.*
- *Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.*
- *İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyerinin, işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir.*
- *İşyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir.*

DAVA: Davacı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın söz konusu işkolu tespit kararının iptaline, yapılan asıl iş itibarı ile R... İl Özel İdaresine bağlı işyerlerinin davacı sendikanın kurulu bulunduğu 17 sıra numaralı işkolunda olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, her iki davanın da reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı K... İş Sendikası vekili dava dilekçesinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 14 Nisan 2010 tarih ve 27552 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 07.04.2010 tarih ve 2010/14 sayılı R... İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibarıyla İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararının iptali ile

anılan işyerindeki işlerin 17 sıra nolu “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar İşkoluna” girdiğine karar verilmesini istemiştir.

Birleşen 2010/286 esas sayılı dosya davacısı T... K...-İş Sendikası vekili dava dilekçesinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın tespit kararının iptali ile anılan işyerindeki işlerin 17 sıra nolu “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar işkoluna” girdiğine karar verilmesini istemiştir.

Davalı T... Y... İş Sendikası vekili cevap dilekçesinde; tespit kararının yasaya ve ilgili mevzuata uygun olduğunu, inşaat işkoluna giren işlerin İl Özel İdarelerinin genel hizmet organizasyonu çerçevesinde yapılan işlerin ağırlıklı kısmını oluşturduğunu ve bu hizmetler için yapılan yatırımın da İl Özel İdarelerinin verdiği hizmetlere ilişkin toplam yatırım içinde en büyük paya sahip olduğunu, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nden İl Özel İdarelerine devredilen işçilerin R... İl Özel İdaresinde çalışan toplam işçi sayısının %96'sını oluşturduğunu, R... İl Özel İdaresinde az da olsa büro işleri yapılmakta ise de, bu işlerin büyük ölçüde memurlar ve sözleşmeli personel eli ile yürütüldüğünü ve işkolu tespitinde nazara alınamayacağını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı R... İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği vekili cevap dilekçesinde, işkolu tespitinin değişmesinin idareyi sendika gibi bir menfaat ihlali sonucuna götürmediğinden, karara itiraz edilmediğini, açılan davada takdirin mahkemeye ait olduğunu beyan etmiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekili cevap dilekçesinde, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, R... İl Özel İdaresinin il merkezdeki bina ve tesislerinde yapılan asıl işlerin inşaat işkolu kapsamında olduğu, ilçelerde bulunduğu ifade edilen şantiyelerin de aynı mahiyette olduğu anlaşıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar K...-İş Sendikası vekili ile T... K...-İş Sendikası vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4 ve 60. maddeleri uyarınca işkolu tespitine itiraza ilişkindir.

Türk toplu iş hukukundaki normatif düzenlemelerde işkolu kavramı önemli bir yer tutmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır (m. 3). İşkolunun belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir (m. 4). Anılan maddeye göre işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasını müteakip bu tespite karşı ilgililerin iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinde gösterilmiştir. Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede; bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlar da gözönünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu tüzükte işkollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı vurgulanmıştır (Tüz. m. 3).

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun üçüncü maddesinde "bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir" tümcesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir gerçek ve tüzel kişiye veya kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, fıkrada ayrı bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

İşkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir öğedir. Birbirine benzer işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.

İşkolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde işyeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. maddede "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan: İş Hukuku, Bası 3, Ankara 1978, sh. 83-84; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C 1, İstanbul 1987, sh. 59; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Bası 21, İstanbul 2008, sh. 56-57; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri, Bası 3, İzmir 1998, sh. 121; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Bası 4, Ankara 2008, sh. 173-178; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Bası 3, Ankara 2008, sh. 191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey/Doğan, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007, sh. 23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri, teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekliliği bir organizasyon içerisinde

örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsada dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverene de asıl işin girdiği işkolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır (Doğan, Yenisey: sh. 443, 447). İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyerinin, işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir. Ticaret Hukukundaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşyeri ve işletme ayırımında organizasyon kavramıyla bir ayrıştırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır. Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir. İşletme işkolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Tüzükteki 26 sıra numaralı "Milli Savunma" işkolu ve 28 sıra numaralı "Genel işler" işkoluna ilişkin düzenlemeler sebebi ile Belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığı'nca işletilen işyerleri, yukarıda belirlenen kriterlere tabi değildir.

Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşmesi 2. maddesinde "Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler." düzenlemesi ve "Örgütlenme Hakkının Korunması" başlıklı 11. maddesinde "Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür." düzenlemesi yer almaktadır.

1982 Anayasası'nın, Sendika kurma hakkı başlığını taşıyan 51. maddesinin dördüncü fıkrası, "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz." hükmü, 07.05.2010 kabul tarihli, 13.05.2010 tarih ve 27580 (mük.) sayılı R.G.'de yayımlanan 5982 sayılı Kanun'un (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun) 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5982 sayılı Kanun'un 5. madde gerekçesinde "...Bu düzenleme, Uluslararası Çalışma Teş-

kilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşmesine aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu aykırılığın giderilmesi amacıyla 51. maddenin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır.” denmiştir.

Gerek Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşmesi doğrultusunda yapılan sendikal çoğulculuğu destekleyen bu gelişmeler, gerekse il özel idarelerinin yapısına sürekli yeni işyerleri katılmak sureti ile büyümesi ve gelişen bu süreçte ilerde yapısına yeni işyerlerinin katılabilecek olması dikkate alındığında; R... İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı sendikal çoğulculuğu sınırlandıracak, sendikal özgürlüğü kısıtlayacaktır.

R... İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinin kapsamı itibari işyeri olarak sınırlandırılması da yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca yerinde olmayacağı gibi, parçalı işkolu tespiti yapılması ve işletme olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Her ne kadar Dairemizin 15.07.2010 tarihli 2010/25648 esas, 2010/24131 sayılı kararında “...İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, iş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın K... İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı “inşaat” işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle doğru olan mahkeme kararının ONANMASINA...” şeklinde karar verilmiş ise de; yukarıdaki esaslar doğrultusunda, tüm Dairece yapılan görüşmede bu içtihattan dönülmüştür.

Somut olayda dosya kapsamı hüküm vermeye yeterli bulunmadığından yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 4.3.2011, E. 2010/49665, K. 2011/5998

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi'nin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.
- 5393 Sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyelerin asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir.
- İşe iade davaları ya sadece alt işveren aleyhine ya da alt işverenin yanında ve asıl işveren de davalı gösterilerek açılabilir. Başka bir anlatımla, işe iade davası sadece asıl işveren aleyhine açılmaz.

DAVA: Davacı vekili, davacının davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün kanuna aykırı ve muvazaalı olarak dava dışı bir firmaya yaptırdığı sayaç okuma, değiştirme gibi işlerde çalışmakta iken, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine, işe iadesine ve buna bağlı tazminat ve boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı İSKİ vekili, davacının davalı ile sözleşme yapmadığını ve davalının personeli olmadığını, davacının ihbar olunan şirkette çalıştığını ve iş sözleşmesinin anılan şirket tarafından feshedildiğini, işin İhale Kanunu hükümlerine göre bu şirkete verildiğini, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayanmadığını, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalının görevinin içme ve kullanma suyunun abonelere ulaşmasını sağlamak olduğu, İş Kanunu'nun 2. maddesine göre asli görevini alt işverene devredemeyeceği, asıl işini yapmış olduğu sözleşmeler ile alt işverenlere devretmiş olmasının davalıyı sorumluluktan kurtaramayacağı, davacının davalı İ.'nin işçisi olduğu, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı vekili ile ihbar edilen şirket vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 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 Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "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 Kanunu'nda 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. maddesi'nin 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 ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene 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 Kanunu'nun 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 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. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 E, 2008/ 28424 K.).

5393 Sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyelerin asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım işleri, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler 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. maddesine istisna getirilmiştir.

2560 Sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde İSKİ Genel Müdürlüğü'nün görevleri düzenlenmiş olup, d bendinde "su ve kanalizasyon hizmetleri konusunda hizmet alanı içindeki belediyelere verilen görevleri yürütmek ve bu konulardaki yetkileri kullanmak" da görev ve yetkileri arasında sa-

yılmıştır. Buna göre belediyenin alt işverene hizmet gördürme yetkisi davalı İSKİ Genel Müdürlüğü için de söz konusudur.

Somut olayda, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün abonelerin el bilgisayarı ile sayaç endeks tespiti ve fatura dağıtımı, kaçak ve usulsüz su kullanım tespiti, binalara ve sayaçlara barkod etiketi takılması, su kapama-açma, sayaçların değiştirilmesi, sayaçların müdahale edilmeyecek şekilde mühürlenmesi işlerini ihale ile dava dışı K... İnşaat ...Ltd.Şti.ne vermiş olup, davacı sözü edilen firmaya bağlı olarak çalışmakta iken iş sözleşmesi feshedilmiştir.

Davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün belirtilen işleri alt işverene vermesi 2560 ve 5393 Sayılı Kanunlar uyarınca mümkün olup, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olduğu kabul edilmelidir.

Davacı ilişkinin muvazaalı olduğunu ileri sürmüş ise de, bu hususta yeterli ve inandırıcı delil sunmamıştır. Salt alt işverenlerin değişmiş olması ilişkinin muvazaalı olduğunu göstermez. Buna göre davalı kurum ile davacı arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Davacının gerçek ve tek işvereni davanın ihbar edildiği dava dışı firmadır.

İşe iade davaları ya sadece alt işveren aleyhine ya da alt işverenin yanında ve asıl işveren de davalı gösterilerek açılabilir. Başka bir anlatımla, işe iade davası sadece asıl işveren aleyhine açılmaz.

Somut davada, davacı vekili, dava dilekçesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını, gerçek işverenin İSKİ Genel Müdürlüğü olduğunu belirterek davayı bilinçli bir şekilde sadece İSKİ Genel Müdürlüğü aleyhine açmıştır. Bu durumda husumette yanılmadan söz edilmesi de mümkün değildir.

Dosyada mevcut delilere göre davacının davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün bir kısım işlerini üstlenen dava dışı şirketin işçisi olduğu, davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı anlaşılacakla, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davanın husumet

yönünden reddine karar verilmelidir. Yazılı gerekçe ile davalı kurum hakkında açılan davanın kabulüne karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

Öte yandan, Medeni Usul Hukukuna göre ancak davada taraf olan kişiler hakkında hüküm kurulabilir. Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen kişilere davanın ihbar edilmesi onları davanın tarafı haline getirmez. İhbar olunan kimse davada davalı sıfatı kazanamayacağı gibi, bu kişi aleyhine hüküm de kurulamaz. Mahkemece davanın ihbar edildiği dava dışı firma aleyhine hüküm kurulması da doğru olmamıştır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılmasına 4.3.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 28.2.2011, E. 2010/23498, K. 2011/5236

- *Otel hizmeti kapsamında alt işverene verilen hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerdendir.*
- *Restaurant ve bar, garson, komi, oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindendir.*
- *Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir.*
- *İşverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.*

DAVA: Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait otel işyerinde taşeron işçisi olarak asıl işte çalıştığını, davalı ile dava dışı taşeron şirket arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı olduğunu, taşeron şirketin davalıya ait otel işyerinde işin yürütümüne yönelik herhangi bir iş üstlenmediğini ve davalı şirketin muvazaaya dayalı olarak sadece işçi temini cihetine gittiğini, hukuki ve fiili durum bu olmasına rağmen davalı şirketin, hizmet süresince davacıyı kendi işçilerine ödediği yılda 4 tam maaş ikramiyelerden ve sendikaya üye olmasına rağmen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandırmadığını, bu durumun ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirterek, sendika üyesi olan işçiye eksik ödenen ücret, ödenmeyen ikramiye ve sosyal yardım alacakları ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca yardımcı iş verilen dava dışı alt işveren işçisi olduğunu, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu TİS hükümlerinden yararlanamayacağını, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğunu, asıl alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığını, yasal unsurlarını taşıyamaması halinde asıl-alt işveren iliş-

kisinin geçersizliğine karar verilse dahi, alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmayacağından, istemlerin reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin 4857 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi çerçevesinde taşeronu verdiği işin asıl iş olduğu, davacının asıl işte çalıştırıldığı, davacının başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmesi gerektiği, asıl işverenin kendi işçilerine sağladığı ücret ve sosyal haklar ile toplu iş sözleşmesi ile uygulamaya konulan haklardan davacının yararlandırılması gerektiği, davacının alması gereken ücret farkı alacağı, ikramiye alacağı, sosyal hak alacağı ile bu eşitlik ilkesine aykırı davranış sebebiyle de eşitlik ilkesine aykırılık tazminatının hesap bilirkişi raporundaki miktarlar ve taleple bağlılık kuralı gereği kabul gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

KARAR: 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." Aynı maddenin 7. fıkrasının son cümlesi gereğince "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda

olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.

İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematüğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almış ve kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hakim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir.

Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'un 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyumsuzluk konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu

vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hüküm kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı).

Davalı işverenin otel işletmeciliği konaklama ve eğlence işyerleri iş kolunda kalmaktadır. Otel, pansiyon, lokanta, büfe, pastane, kahvehane gibi konaklama, dinlenme ve yemek yerleri ile sinema, müzikli ve müziksiz her türlü eğlence yerleri, plaj, açık ve kapalı spor yerleri, hipodromlar, hamamlar, kaplıcalar, içmeceler, turistik tesislerde yapılan işler bu iş kolu kapsamındadır. Davalı işverenin otel hizmeti kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur. Ancak bu hizmetlerin dışında verilen Restaurant ve Bar, Garson, Komi, Oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindedir. Bu hizmetlerin verilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir olgu olması gerekir. Davalı işveren bu olguyu kanıtlamadığı gibi asıl işlerini bir şirketten işçilik temini sureti ile aldığı anlaşılmaktadır. İşçilik temini yasada yer alan bir uygulama değildir. Bu nedenle mahkemece davacı işçinin başlangıçtan beri davalı işçisi sayılarak Toplu İş Sözleşmesi'nin tarafı sendikaya üye olması nedeni ile davacı işçinin Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandırılması, bu şekilde fark ücret, ikramiye ve sosyal yardım alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir.

Ancak eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı tazminatın gerekçesiz hüküm altına alınması ve madde uyarınca 4 aya kadar üst sınır belirlendiğinden miktar olarak belirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemece eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının neden kabul edildiği gerekçelendirilmeli ve bu tazminatın bir ile dört ay arasında ne kadar olması gerektiği miktar olarak belirlenmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 14.2.2011, E. 2011/474, K. 2011/2785

- İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir.
- İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir.
- Sürenin, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda 17'nci maddedeki ihbar süreleri ile doldurulması mümkün değildir.

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, istemi hüküm altına almıştır.

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

KARAR: Davacı vekili, müvekkilinin davalı H... Belediyesi'nin temizlik işlerini ihale ile alan K... E... Ltd. Şti bünyesinde çalışırken, yapılan yeni ihale ile işin davalı A... F... Ltd. Şti.ne verilmesi üzerine bu şirkette çalışmaya devam ettiğini, müvekkilinin belediyenin her türlü işinde çalıştırıldığını, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boшта geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı A... F... Tic. Ltd. Şti. vekili müvekkili firmada kimin çalışacağı, ne kadar çalışacağı, kimin iş akdinin feshedilip edilmeyeceği hususlarının diğer davalı Belediye'ye ait olduğunu, müvekkili şirketin işçi alım çıkarılmasında kesinlikle hiç bir söz hakkının bulunmadığını, ihale sonucu mü-

vekkili firmanın işçi çalıştırdığını, iş akitleri fesih edilen işçilerin iş akitlerinin fesih işlemi diğer davalı Belediyenin yaptığını, müvekkili firma ile diğer davalı arasındaki iş ilişkisinin 4857 Sayılı İş kanununun 2/6 maddesinde yer alan asıl-alt işveren ilişkisi olmayıp asıl işverenin diğer davalı belediye olduğunu, kural olarak asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinin mümkün olmadığını, bu sebeple kendilerine husumet yöneltilemeyeceğini, diğer davalı ile aralarında alt-asıl işveren ilişkisi olduğu ve muvazaa olmadığı kabul edilse dahi 4857 Sayılı Kanununun 18. maddesi gereğince iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için işçinin kıdeminin en az 6 ay olması gerektiği, oysa müvekkili şirkette çalışmasının 6 aydan az olduğunu, yine sözleşmenin belirsiz süreli olması gerektiği ancak davacı ile yapılan sözleşmenin belirli süreli olduğunu, bu sebeplerle davacının işe iadesinin mümkün olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Belediye Başkanlığı vekili, davacı ile müvekkili arasında iş sözleşmesi bulunmadığını, temizlik işlerinin davalı A... F. Hiz...Tic. Ltd. Şti.'ne ihale edildiğini ve davacının temizlik işlerini üstlenen davalı şirketin işçisi olduğunu, iş emirlerinin davalı şirket tarafından verildiğini, işçilerin özlük haklarının ve maaşlarının davalı şirket tarafından sağlandığını, müvekkili ile diğer davalı şirket arasındaki sözleşmenin 1 yıl süreli olduğunu, işe iade şartlarının oluşmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının davalı şirketten önce dava dışı K...-E... firmasında çalıştığı, yeni ihaleyi alan davalı şirketin davaya konu işyerini işçileri ile birlikte devraldığı, davacının da ara vermeden aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği, en son davalı şirkette çalışmakta iken ihale süresi dolmadan iş akdine sözlü olarak son verildiği, taşeron firmalar değişmesine rağmen davacının ara vermeden aynı işyerinde ve aynı işi yapmaya devam etmesi sebebiyle 6 aylık kıdem süresinin hesabında aynı işyerinde geçen toplam çalışmasının dikkate alınması gerektiği, davalı vekillerinin kıdeme ilişkin savunmasının yerinde olmadığı, yine davalı belediye tarafından diğer davalıya yaptırılan işin belli bir tamamlanması için yaptırılan bir iş olmayıp süreklilik arz eden bir iş olması sebebiyle davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile

çalıştığı, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu, davacının iş sözleşmesinin sözlü olarak ve hiçbir sebep bildirilmeden feshedildiği, davalı tarafından fesih için geçerli bir sebep ileri sürülemediği gibi fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildirimının de bulunmadığı, her ne kadar davalı Belediye tarafından davacı hakkında tutanak düzenlenmişse de 4857 Sayılı İş Kanununun 19/2. maddesi gereğince işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeplerle iş akdinin feshi için savunma alınması şart olup davalı tarafından bu şartın da yerine getirilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yapıldığı tarihte aynı işverene ait işyeri veya işyerlerinde fasıllı da olsa iş ilişkisine dayalı kıdeminin en az altı ay olması gerekir.

İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir. Başka bir anlatımla bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz. Aynı Kanununun 66. maddesinde belirtilen çalışma süresinden sayılan haller altı aylık kıdemini sayılmasında dikkate alınacaktır. İşçinin feshi karşı koruyan hükümlerden yararlanabilmesi için, altı aylık kıdem süresini aynı işveren nezdinde iş sözleşmesine dayanan iş ilişkisi içerisinde geçirmiş olması zorunludur.

Altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin feshinde 18. maddede düzenlenen geçerli sebepler aranmaz. Süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin feshi mümkündür. Ancak, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir. Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nisbi emredicidir. Söz konusu sürenin, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda 17'nci maddedeki ihbar süreleri ile doldurulması mümkün değildir.

Kanunda kıdemın esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih göz önünde tutulduğu için iş güvencesine ilişkin kıdemın başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır. İşverenin işi kabulde temerrüde düşmesi veya işçinin hastalanması, kıdem süresinin başlangıcını engellemez, kıdem işlemeye başlar. Ancak, işçi, kusuruyla işe geç başlarsa, fiilen işe başladığı tarih, altı aylık sürenin başlangıcı olarak kabul edilmelidir.

Kanun altı aylık kıdemi olan işçilerin iş güvencesinden yararlanacaklarını öngördüğüne göre, bu sürenin fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarihte doldurulmuş olması şarttır. Sürenin bildirim önelleri sonunda dolacak olması, güvenceden yararlanabilmek için yeterli değildir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (5.5.2008 gün ve 2007/33471 Esas, 2008/11128 Karar sayılı ilamımız).

Bu sürenin tamamı iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olmalıdır. Bu açıdan, Kanun'daki aylık kıdem şartını, "altı aylık işçilik kıdemi" şeklinde anlamak gerekir. Bu sebeple işçinin iş ilişkisinden önce işverenle vekalet, ortaklık ilişkilerindeki süreler bu sürenin hesabında dikkate alınmamalıdır. Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 Sayılı İş Kanununun 7. maddesinden hareketle, işçinin başka işverende (ödünç alan) geçen süresi, işverende (ödünç veren) geçirilmiş gibi sayılır. Söz konusu işçinin daha sonra ödünç alan işverenin işyerinde yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi halinde, onun nezdinde ödünç iş ilişkisi kapsamında geçirilmiş süreler, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz. Çıkrıklık ilişkisi, İş Kanunu'nun 4'üncü maddesindeki istisnalar arasında sayıldığından, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz. Buna karşılık stajyer olarak geçirilen süre, stajyerliğin İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında anlamında iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş olması halinde sürenin hesabında dikkate alınacaktır.

4857 Sayılı Kanun'da bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi,

işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdem hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir.

İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca işyerinin devrinde devralan işveren, hizmet süresi ile ilgili haklarda işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zorunda olduğundan, devirle işverenin değişmesi altı aylık kıdem süresini etkilemeyecektir. Bu bağlamda, bir işyerinin, işvereni tarafından, bir şirkete sermaye olarak konulması halinde de, İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli kıdem süreleri birlikte hesaplanmalıdır.

Altı aylık kıdem şartı öngören düzenleme, İş Kanunu'nun 21'nci maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümler arasında sayılmadığından, bu süreyi kısaltan veya tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmek gerekir.

Sendika işyeri temsilcileri için 6 aylık kıdem koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.7.2008 gün ve 25552-20932 Sayılı kararı).

Somut olayda davalı belediyenin temizlik, su sayacı okuma, sökme-takma park bahçe, bakım ve düzenleme büro hizmeti ve toplu ulaşım hizmetlerini ihale ile alt işverenlere yaptırdığı, davacının alt işveren işçisi olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin son alt işveren olan davalı şirket tarafından feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davacı ve davalı şirket asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını ileri sürmüşlerse de bu husus yeterli delillerle kanıtlanmamıştır. Kaldı ki, ilişkinin tarafı davalı şirketin kendi muvazaasına dayanması da mümkün değildir.

S.G.K. kayıtlarında işyerinin devrinden önce davacının önceki alt işverene bağlı çalışmasının sona erdiği ve davacının bir aydan fazla bir süre ara verdikten sonra davalı şirkette çalışmaya başladığı görülmektedir. Davacının son alt işverene bağlı çalışması 6 aydan azdır. Davalılar davacının altı

aylık kıdeminin bulunmadığını, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı savunmuşlardır. Davacı ise alt işverenlerin değişmesi aşamasında ara vermeden çalıştığını ileri sürmüştür, dinlenen davacı tanıkları iddiayı doğrulamıştır. Ancak, resmi kayıtlar karşısında sadece aynı durumdaki davacı tanıklarının beyanları ile sonuca gidilemez.

Davalı şirketin bu sürede işleri ne şekilde ve hangi işçilerle yürüttüğü, önceki alt işverenle yapılan sözleşmenin uzatılıp uzatılmadığı gibi hususlar da araştırılarak dosya içeriği ile birlikte değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle davacının 6 aylık kıdeminin bulunup bulunmadığı tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgiliye iadesine, 14.2.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 1.11.2010, E. 2010/36161, K. 2010/31045

- *Alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir.*

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 Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili davacının Sağlık Bakanlığı'na bağlı O... E.. ve A... 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 vekalet 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 Kanunu'nun 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 çalışsalar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı Kanununun 32. maddesine göre sendikalar çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten hizmet akdinden doğan hakları konusunda üyelerini ve mirasçılarını 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 adi kanuni karene 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 Kanununun 2. maddesi yönünden incelemeye tabi tutulmalı, ayrıca varsa taraf tanıkları da dinlenerek davacının sürekli olarak fiilen yaptığı iş belirlendikten sonra sözleşme muvazaaya yönünden de denetime tabi tutulmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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 Kanununun 2.maddesine uygun olmadığı kabul edilerek davacının başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığı'nın işçisi olarak sayılması gerektirir. 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 dahil olduğu iş kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir. Bu durumda alt işvere-

nin 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**, 01.11.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 5.5.2008, E. 2008/13627, K. 2008/11315

- *İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur.*
- *İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimini yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.*

DAVA: Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, izin ile genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR: Davalılardan M. Belediyesi'nin çöp toplama işini üstlenen diğer davalı şirkette temizlik işçisi olarak çalıştığını, iş akdinin davalı işverenlikçe haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı şirket; 2002 yılından bu yana M. Belediyesi'nin açtığı temizlik ihalelerini kazanarak temizlik işlerini yürüttüğünü, sözleşmenin her yıl 15 Ocak tarihinde yenilendiğini, ancak 15.1.2006 tarihinde sözleşmenin bitip tekrar sözleşme yenilenecek iken Belediyenin yeni ihale düzenleme kararı alıp temizlik işlerini G. İlaçlama ... Ltd. Şti. - A. Tem.T.A.Ş. ortaklığına verdiğini, ihalenin söz konusu şirketlere verilmesi ile birlikte davacının işten çıkarıldığını, iddia ettiği tarihte işverenin rızası ve bilgisi olmadan 26

arkadaşı ile A.Tem.T. A.Ş.ye geçtiklerini ve bu şekilde davacı ve arkadaşlarının ihalenin başka bir firmada kalması üzerine herhangi bir bildirimde bulunmaksın sözleşmelerini tek taraflı olarak feshettiklerini, ihale sona ermiş olmasına rağmen davacı ve arkadaşlarının işine müvekkili firma tarafından son verilmediğini, bu nedenle davacının iş akdini kendisinin bildirmsiz ve tek taraflı olarak feshettiğini savunmuştur.

Diğer davalı M. Belediyesi; davacı ile aralarında hizmet akdi bulunmadığını, davacının diğer davalı şirket işçisi olduğunu ve Belediye ile yüklenici firma arasında imzalanan teknik şartname gereğince yüklenicinin çalıştırdığı tüm personelin alacaklarının yüklenici tarafından ödeneceğinin düzenlendiğini savunmuştur.

Değişen alt işverenler arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri taraflar arasındaki temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması

durumunda iş sözleşmesi bildirim karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir. Daire uygulaması bu yöndedir.

Somut olayda davalı şirket iş sözleşmesini fesih etmediğini, davacının ihaleyi alan dava dışı şirket nezdinde çalışmaya başladığını savunmuştur. Dosyada iş sözleşmesinin fesih edildiğine dair bir bildirim rastlanmamıştır. Buna göre öncelikle davacı işçinin ihale bitimi sonrası ihaleyi alan yeni şirket nezdinde çalışıp çalışmadığı tespit edilmeli çalışması devam ediyorsa işyeri devri kuralları çerçevesinde davacının feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti alacağı isteği ret edilmelidir. Aksi halde davalı şirketin ihale süresinin bitimi üzerine davacının iş sözleşmesini fesih ettiği kabul edilmeli ve şimdiki gibi karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 4.3.2010, E. 2008/20640, K. 2010/5868

- İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir.
- İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.
- Kural olarak işçi sayılan kişinin kendi işçileri ve müşterileri bulunmaz.
- Kooperatif ve yüklenici şirket arasındaki sözleşme başlı başına anahtar teslim inşaat işi olup, eser sözleşmesidir. asıl işveren alt işveren ilişkisi değildir. Bu nedenle davalı kooperatife husumet yöneltilemez.

DAVA: Davacı, ücret alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR: Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi mi, eser sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1 maddesi uyarınca "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır.

İş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. Vekalette ise vekilin belli bir zamana bağlı olarak çalışması sözkonusu değildir. Vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. İş sözleşmesinin varlığı, ücretin ödenmesini gerektirir. Oysa vekalet için ücret zorunlu bir unsur değildir. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz. Bağımsız olarak iş gören, bu nedenle faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahip olan, bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil, farklı kişilerle ayrı vekalet sözleşmeleri yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işverene bağlı olmaktan kurtulmaktadır.

İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar, işçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.

Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk önemli kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. İşçi işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri kesin veya esnek biçimde, keza işin yapılacağı yer işverence belirlenir. İş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş ya da hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken bağımsız çalışanın böyle bir yükümlülüğü yoktur. İşçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Vekilin bağımsızlığı mutlak değilse de, iş sahibinin ısrarlı talimatı karşısında uyarması dışında, dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, vekilin bir ölçüde işveren karşısında bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır.

Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, tek başına yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilir.

Kural olarak işçi sayılan kişinin kendi işçileri ve müşterileri bulunmaz. Bu kapsamda dikkate alınabilecek bir ölçütte, münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

İş ilişkisi kapsamında çalışan işçi, kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir işve-

rene ait işyerinde çalışabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 63. madde kapsamında çıkarılan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde. “İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmı süreli çalışmadır.” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre haftalık 30 saatte kadar yapılan çalışma kısmi süreli sayılacaktır.

Dosya içeriğine göre, davalı ile yüklenici şirket arasındaki sözleşme başlı başına anahtar teslim inşaat işi olup, eser sözleşmesidir. Dolayısıyla davalı kooperatif ve yüklenici arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi değildir. Bu nedenle davalı kooperatife husumet yöneltilemeyeceğinden açılan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmaya gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 3.5.1993, E. 1993/6581, K. 1993/7403

- *Anahtar teslimi olarak ihale yolu ile işveren idare, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1.maddesinin son fıkrası anlamında ve bir işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir asıl işveren durumunda değildir.*

DAVA: Davacı, iş kazasından doğan maddi ve manevi zararın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Dava ölümle sonuçlanan iş kazası nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı (A) Genel Müdürlüğü S.T.S. inşaatı işini bir firmaya ihale suretiyle vermiştir. Yüklenici firmanın taşeronu durumundaki (B) A.Ş.'de işçi olarak çalışan davacıların murisi geçirdiği iş kazası sonucu ölmüştür.

Dosyadaki bilgi ve belgelere, özellikle davalı (A) Genel Müdürlüğü ile işi üstlenen (C) Konsorsiyumu arasında düzenlenen sözleşme içeriğine ve kesin kabul tutanağındaki açıklamalara göre davalı idarenin söz konusu işin yapımını anahtar teslimi olarak ihale yolu ile verdiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda davalı (A) Genel Müdürlüğü 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1.maddesinin son fıkrası anlamında ve bir işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir asıl işveren durumunda değildir. Bu olayda asıl işveren (C) Konsorsiyumu, alt işveren ise ondan iş alan ve o işte davacıların miras bırakanını çalıştırdığı anlaşılan (B) A.Ş.'dir. Böyle olunca davalı idarenin İş Kanunu'nun 1/son maddesi uyarınca asıl işveren olarak sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu itibarla

davalının husumet itirazı yerindedir. Buna rağmen mahkemenin işin esasını inceleyerek davalıyı sorumlu tutmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Bu bozma sebebi karşısında davacıların temyiz itirazları ile davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, 3.5.1993 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

Tarihi: 14.5.2003, E. 2003/4721, K. 2003/4643

- *İşin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz.*

DAVA: Davacı iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir. Hükmün davalılardan M. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü:

KARAR: Uyuşmazlık iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminatın davalılara ödetilmesine ilişkindir. Mahkemece, davacının geçirdiği iş kazası nedeniyle kararda yazılı manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmiş ise de, davalı M. hakkında kurulan hüküm doğru değildir.

Gerçekten, bir iş kazası sonucu zarara uğrayan işçinin tazminat davası, işveren veya kusurlu 3. kişilere karşı yöneltilir. Bundan başka aracı olarak nitelendirilen kişilerce işe alınan işçilerin uğrayacakları zarardan dolayı asıl işverenin aracı ile birlikte sorumlu olacağı 1475 sayılı Yasa'nın 1. maddesi gereğidir.

Somut olayda, çözümlenmesi gerekli sorun davalı M. ile davalı A. arasındaki hukuki ilişkinin işveren, aracı veya üst-alt işveren biçiminde olup olmadığıdır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve 506 sayılı SSK'nun 87/2. maddesindeki açıklamalar ışığında aracıdan (taşeron) söz edilmek için öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerinden bir iş, alt işverene devredilmelidir. Buna karşın, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz.

29.04.1993 tarihli düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinden davalı M.'nin arsası üzerinde kat karşılığı inşaat yapma işinin tamamen davalı A.'ya verildiği böylece işin anahtar teslimi suretiyle devrinin söz konusu olduğu ortaya çıktığından aralarındaki hukuki ilişki işveren-aracı olarak nitelendirilemez. İşin bir bölümü yerine, tümüyle devrolunduğu durumda işi devreden kişinin işverenlik sıfatı ortadan kalkacağından sorumluluğuna gidilemez. O halde, davalı M'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14.05.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EK 2: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar” Panel ve Görüşmeler” isimli İş Müfettişleri Derneği tarafından yayımlanan kitaba İş Müfettişleri Derneği Yönetim Kurulu tarafından yazılan Önsöz

4857 sayılı İş Kanununa göre Devlet çalışma yaşamı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev, Devlet adına teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yerine getirilir. İş müfettişlerinin bu görevlerini yerine getirebilmesi için, uygulamasını izleyeceği ve denetleyeceği iş mevzuatının çalışma yaşamının gerçek sorunlarına cevap verecek bir şekilde düzenlenmiş olması ve çalışma yaşamının gereksinimlerini karşılayacak düzenlemeleri de kapsamı gerekmektedir.

İş Müfettişleri Derneği kuruluşundan itibaren gerçekleştirdiği etkinlikler ve çıkardığı yayınlar ile çalışma yaşamını ilgilendiren önemli gördüğü konuları gündemine alarak, bu konulardaki yasal düzenlemelerin karşılayamadığı sorunlara dikkat çekerek, gereken yasal düzenlemelerin yapılabilmesi için çözüm önerilerinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmaktadır.

4875 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 2003 yılından günümüze kadar yapılan uygulamalarda en çok tartışılan konulardan biri asıl işveren – alt işveren uygulamaları yani İş Kanununun 2nci madde düzenlemesi olmuştur. İş Müfettişleri Derneği alt işverenlik ile ilgili uygulama sorunlarını, bölgesel uygulamaları da dikkate alarak, gündeme getirmek, konuyu akademik boyutları ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirmek ve çözüm önerilerini ortaya koymak amacı ile “asıl işveren - alt işveren uygulamaları” konulu panelleri düzenlemiştir.

İş Müfettişleri Derneği, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu ve Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyon’larının katkıları ile 5 ilde gerçekleştirdiği “asıl işveren - alt işveren uygulamaları” konulu panellerin gerek tebliğlerini gerekse tartışma bölümlerini kitap haline getirerek, panellerde dile getirilen konuların daha geniş kitlelere duyurulmasına katkı sağlamayı amaçlamıştır.

İş Müfettişleri Derneği, “Türk İş” ve “TİSK”in katkılarıyla düzenlemiştir.

olduğu “asıl işveren - alt işveren uygulamaları” konulu paneller serisinde dile getirilen hususları değerlendirilerek, aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır.

Alt işverenlik uygulaması, 1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanunu’ndan bu yana yasal düzenlemelerde yer almakla birlikte, çalışma yaşamında önemli bir sorun olarak ortaya çıkması, görece yakın sayılabilecek bir dönemde gerçekleşmiştir. 1980’lerle birlikte uygulamaya geçirilen ekonomik politikaların bir sonucu olarak, işletmelerin artan yoğunlukta alt işverenlik kurumuna başvurmaları sonucunu doğurmuş, ancak bazı işletme ve işyerleri bu kurumu ekonomik ve teknolojik gereksinimlerinden çok işçilik maliyetlerinin düşürülmesi ve işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan temel haklarını kısıtlamanın bir aracı olarak kullanmışlardır. Bu yaklaşımların sonucunda, sadece ekonominin ve onun vazgeçilmez işletmelerimizin bir iş denetiminin etkinliğinin artırılması, çalışma yaşamının ihtiyacı olarak değil, ucuz emek ve kuralsızlığın aracı olarak da alt işverenlik kurumuna başvurulduğu ve ne yazık ki bu sürecin son derece hızlı bir şekilde yaygınlaştığı görülmektedir. Yasal düzenlemelere aykırılık oluşturan bu uygulamalar ve yaklaşımlar, gerek iş müfettişlerini, gerekse de yargı mercilerini, bitmez tükenmez bir şekilde meşgul etmektedir ve meşgul etmeye de devam edecektir.

Bu gelişmelerin bir sonucu olarak, alt işverenliğe yönelik olarak yapılması düşünülen düzenlemelerde, şüphesiz ki işletmelerin ve işyerlerinin gereksinimleri dikkate alınırken işçilik haklarına yönelik olabilecek istismarın önüne geçilmesi de hedeflenmelidir. Nitekim, 4857 sayılı Yasa’da, bu konuda yapılmış olan düzenlemelerin de asıl kaygısı, değinilmiş olan istismar olgusunun önüne geçilmesi olmuştur. Ancak, Yasa da yer alan düzenlemeler beklenen sonuçları verememiş, işçilerin, iş sözleşmelerinin feshinin ardından, uzun yargı süreçleriyle karşı karşıya kalmalarının önüne geçilememiş, ayrıca arzulananan işçi-işveren arasındaki çalışma barışını da zedeleyici sonuçlar doğurmuştur. Bu süreçte, Tuzla tersanelerinde yaşananlar, alt işverenlik kurumunun istismarıyla, sadece işçilerin ekonomik haklarının değil, yaşam hakkının dahi tehdit edilebileceğini göstermiştir. Ne var ki, önce 5763 sayılı Yasa, ardından da “Alt İşverenlik Yönetmeliği” ile soruna

radikal bir şekilde yaklaşılarak yeni düzenlemeler getirilmiş, ancak yaşanan tartışmalardan da görüldüğü üzere, yapılan yeni düzenlemeler, vurgulanan sorunların çözümü doğrultusunda bir berraklık sağlayamamıştır.

Tüm bu süreç içinde, gerek mevzuatta yapılan değişiklikler, gerekse de Yargıtay'ın ulaştığı sonuçlar yoluyla alt işverenlik kurumunun sınırlanması doğrultusundaki yaklaşımlar hakim kılınırken, 5538 sayılı Yasayla, hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde, eşitlik ilkesiyle de bağdaşmayacak bir şekilde Kamu Kurumlarına ayrıcalık sağlanmak istenmesi, şüphesiz ki kabul edilebilir değildir.

Ekonominin mevcut kuralları ve işleyişi dahilinde alt işverenlik kurumuna genel olarak karşı olunması söz konusu olmayıp, şüphesiz ki, kimi durumlarda, işyerlerinin sürekliliği de, alt işverenlik kurumunun mevcudiyetini zorunlu kılmaktadır. Ancak, bu konuda, değinilmiş olan hususlardan da açığa çıktığı üzere, istismarın önüne geçilebilmesi açısından gerekli düzenlemelerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu düzenlemelerin yapılması, aynı zamanda sosyal hukuk devleti olmanın da bir gereği olup, bu yönde kamu veya özel kurum ayırımı yapılmasının kabul edilebilir bir yanı olamayacağı da şüphesizdir. Ancak, 5763 sayılı Yasa ve ardından "Alt İşverenlik Yönetmeliği" ile gerçekleştirilmiş olan düzenlemelerin, bu yaklaşımlarla uyumlu olmadığı ve haliyle de beklentilere yanıt veremediği görülmektedir. Temel hukuk tekniği açısından dahi sorunlar içeren bu düzenlemeler konusunda, muhakkak ki gerekli çalışmaların yapılması zorunludur. Bu konuda, alt işverenlik kurumuna yönelik olarak yapılacak düzenlemelerde, aşağıdaki hususların göz önüne alınması, hem çalışma yaşamının, hem de sosyal tarafların acil bir ihtiyacı olarak görünmektedir:

1. Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin işletmeler açısından gerekli kıldığı alt işverenlik kurumu düzenlenirken bu gereklilik yanında hayat seviyeleri yükseltilecek, korunup desteklenmesi gereken işçilerin, alt işverenlik kurumu aracılığıyla istismarının önüne geçilmesi zorunluluğu da her türlü tartışmanın dışındadır.

2. Alt işverenlik kurumunun sınırlanmasına yönelik yapılacak düzenlemelerde, eşitlik ilkesine de aykırı olacak şekilde, kamu veya özel kuruluş

ayrımı yapılmasının savunulur bir yanı bulunmamaktadır.

3. Kamu kurumlarında, eşitlik ilkesine aykırı olacak şekilde lehlerine yapılmış düzenlemelerin dahi ötesine geçilerek, muvazaa veya kanuna karşı hile yoluyla alt işverenlik uygulamalarına başvurulması, kamu vicdanı açısından da kabul edilebilir değildir.

4. Alt işverenlik kurumuna yönelik olarak “İş Kanunu”nda yapılacak olan düzenlemelerin, muhakkak ki bir bütünlük içermesi gerekmektedir. Çalışma yaşamının bu önemli kurumuna yönelik olarak yapılacak olan düzenlemelerin, işyeri tesciline yönelik bir sorunmuş gibi, Yasa’nın 3. maddesinde yer alması isabetli olmadığı gibi, içinden çıkılması zor sorunların gündeme gelmesine de neden olmaktadır. 5763 sayılı Yasayla getirilmiş olan düzenlemeler, mevcut sorunların çözümüne katkı sağlayacağına, bu süreci daha da karmaşıklştırmıştır. Olması gereken açısından, düzenlemenin Yasa’nın 2. maddesine alınması önemlidir.

5. “Alt İşverenlik Yönetmeliği”nde, esas olarak “Borçlar Hukuku”nun bir kurumu olan “muvazaa”nın tanımının yapılmış olunmasının, ölçülü bir yaklaşım olarak kabul görmesi mümkün gözükmemektedir. Yine, alt işverenlik kurumunun istismarına yönelik uygulamaların, sadece muvazaa kurumu aracılığıyla gerçekleşmediği, kimi zaman kanuna karşı hile, kimi zaman da doğrudan kanuna aykırılıkla karşılaşıldığı da bilinmektedir. Bu nedenle, düzenlemelerde yer alan kısıtlamaların, özel olarak muvazaa kurumu ile ilişkilendirilmesi de isabetli değildir. Ayrıca, Yönetmelikte yer alan çeşitli tanımlar ve kısıtlamalar, tutarlılık açısından sorunlara sahip olduğu gibi, gerek iş müfettişliği, gerekse de yargı uygulamalarının esnekliğini ve gelişimini engelleyecek niteliktedir.

6. Asıl işveren-alt işveren arasında kurulmuş bir ilişkinin sonucunda, bu ilişkinin kapsamında bulunan işçilerin haklarının değerlendirilmesi ile sınırlı kalınmayarak, ilişkiyi meydana getiren sözleşmenin kuruluşunun veya geçersizliğinin İş Kanunuyla ilişkili olarak yayımlanmış bir yönetmelikle konu edinilmesi mümkün görülmemelidir. Bu konuda, işverenler arası ilişkinin, işçiden bağımsız bir şekilde, “İş Kanunu” kapsamında ve tescile ilişkin bir

madde içinde düzenlenerek İş Kanunu ve uygulamasına dahil edilmesinin isabetli bir yaklaşım olmadığı belirtilmelidir.

7. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3.maddesiyle getirilen düzenleme ile 01.08.2009 tarihinden sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak bildirimler İş Kanunu bakımından da geçerli sayılacağından kargaşaya neden olacaktır. 5510 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme nedeniyle 4857 sayılı İş Kanununun 3. Maddesindeki düzenlemeler açısından uygulamada sorunlar yaşanacaktır.

Ayrıca, her iki Yasada alt işveren tanımları da birbirinden çok farklıdır ve bu tanımlar birbiriyle örtüşmemektedir. Alt işverenliğe ilişkin olarak her iki yasadaki farklı tanımlar, uygulamada karmaşa yaratmaktadır. Yukarıda belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Yasası ile 5510 sayılı Yasanın alt işverenlik tanımları ve işyeri bildirimlerine ilişkin düzenlemeleri yeniden gözden geçirilerek birbirlerine uyumlu hale getirilmesi yönünde gereken adımlar atılmalıdır.

8. Önce İş Müfettişliğinin, hemen ardından da yargının yükünü önemli ölçüde arttıracak, ancak mevcut olanaklar gözetildiğinde sonuç açısından çok da ilerlenemeyecek olan bu yöndeki düzenlemelerin, yukarıda değinilmiş olan hususlar da göz önüne alınarak, sosyal taraflarla birlikte yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

