

Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları

1. GENEL OLARAK

Her işverenin faaliyet konusu ile ilgili işlerini işyerinde kendi işçi kadrosu ile yürütmesi çalışma hayatının olağan işleyişindedir. Ne var ki, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yeni uzmanlık alanları, maddi imkânsızlıklar, piyasa ve rekabet koşulları işin bir bölümünün ya da tamamının başka bir işverene verilmesini zorunlu kılabilenmektedir. Teknolojideki hızlı gelişmelerden kaynaklanan uzmanlık ihtiyacı işverenler arasında iş bölümünü ve bu nedenle işin başka bir işverenin işçisine gördürülmesini önemli derecede yaygınlaştırmıştır. İşlerinin bir kısmını başka bir işverene gördürmeye ilişkin uygulama işverenin Anayasa'da yeralan sözleşme ve girişim özgürlüğü çerçevesinde ele alınması gereken temel bir hak olarak değerlendirilmekte ise de, bu hakkın da diğer birçok haklar gibi zaman zaman kötüye kullanıldığına rastlanmaktadır. Özellikle işçi çalıştırmanın birtakım yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla işin başka bir işverene gördürüldüğü ya da görünüşte bir takım uygulamalarla sıkça karşılaşılmaktadır.

Mal ve hizmet üretimi ihtiyacını iş organizasyonu dışında kalacak şekilde başka bir işverenden karşılayan işverenlik uygulamaları şimdilik iş hukukunun pek müdahale etmediği bir alan olarak

gözükmektedir. Buna karşılık, mal ve hizmet üretimini diğer bir işverene kendi işyerinde yaptırarak işverenin uygulaması işçinin bireysel ve kolektif birtakım haklarını ilgilendirmesi nedeniyle bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Alt işverenlik uygulaması, bir işverenin başka bir işverene ait işyerinde belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alıp kendi işçilerini çalıştırması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu, işi alan işveren ile işi veren işveren arasında kurulan ilişki çerçevesinde çalıştırılan işçilere karşı asıl işverenin birlikte sorumluluğunu düzenlemekle yetinmiş; işverenler arasındaki ilişkinin hangi şartlarda kurulacağını ayrıntılı olarak öngörmemişti. Asıl işverenin birlikte sorumluluğu için bir işveren tarafından diğer bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alınması ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştırması yeterli görülüyordu. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği için anılan kanun döneminde yargısal denetim daha çok kurulan ilişkinin muvazaalı olup olmadığı yönünde olmuştur¹. Yargı kararları da dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, geçerli bir ilişkide asıl iş-

Esasen “işletmenin ve işin gereği”, işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesini de kapsayacak şekilde geniş bir kavramdır.

veren ve alt işverenin işçiye karşı sorumlulukları, muvazaa karinesi ve sonuçları ayrıntılı bir biçimde yeniden düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre alt işveren; 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 çalıştıran işverendir. Alt işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak adlandırılmıştır. 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 sorumlu tutulmuştur (İş K.m.2/6).

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalışmaya 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 (İş K.m.2/7).

1475 sayılı Kanun'a göre ayrıntılı denilebilecek bu düzenlemeye rağmen alt işverenlik uygulamasında ortaya çıkan çok önemli sorunların giderilemediğini, işçiyi koruma adına bulunan kimi çözümlerin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin teorik temeli ile örtüşmediğini belirtmek gerekir. Bu çalışmada alt işverenlik uygulamasının güncel ve önemli bazı sorunları üzerinde durulacaktır.

2. ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNÜN ALT İŞVERENE VERİLMESİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra belki de en çok tartışılan konuların başında asıl işin bir bölümünün alt işverene verilme-

sini sınırlandıran 2. maddenin 6. fıkrasındaki düzenleme olmuştur. Sözü edilen düzenlemede yer alan “...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” ifadesindeki “ile” bağlacının Türkçe dil bilgisi anlamından ziyade, daraltıcı etkisi nedeniyle hangi anlamda anlaşılması gerektiği üzerinde tartışmaların yoğunlaştığı görülmektedir.

Kimi yazarlar fıkra da geçen “ile” sözcüğünün “ve” anlamında kullanıldığını; bu durumda salt teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilemeyeceğini; bunun yanında işletmenin ve işin gereğinin buna imkân vermesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir². İşletmenin ve işin gereğinin birlikte düşünülmesi gerektiğini ileri süren bir yazar da “ile” sözcüğünün “olarak” anlamında kullanıldığı görüşündedir³.

Bir kısım yazarlar ise “ile” ifadesinin “veya” anlamında kullanıldığının anlaşılması gerektiğini; “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerin uzmanlık gerektirmesi” hallerinin ayrı ayrı düşünülmesi gerektiğini ve her iki halden birisinin gerçekleşmesi ile asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini ileri sürmektedirler⁴. 6. fıkra da geçen “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerektiğini ileri süren bir başka görüşe göre asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinin temel koşulunun “uzmanlık gerektiren bir iş” olmasıdır. Ancak bu uzmanlığın işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerden kaynaklanması gerekir⁵. Bu görüşe göre salt işletmenin ve işin gereğinin yeterli görülmesi kanunun alt işverenlik hükümlerini dolanma olanağı veren bir yorum olur.

Yukarıda belirtilen görüşlerden çok farklı olarak başka bir yazar da “işletmenin gereği”, “işin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık” kavramlarının ayrı ayrı düşünülmesi gerektiği, bunlardan her birinin tek başına işin alt işverene verilmesini sağlayabileceği görüşündedir⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren fıkra da geçen “ile” sözcüğünü “ve” olarak yorumlamak suretiyle bu konudaki uygulamasını istikrarlı bir şekilde sürdürmüştür⁷.

Görüldüğü gibi tüm bu tartışmalar fıkra da geçen “ile” sözcüğünden kaynaklanmaktadır. Bize göre söz konusu ifade çok da müphem sayılmaz. Bir defa “ile” sözcüğü “ve” anlamında kullanılabilen bir bağlaçtır. Diğer yandan maddenin gerekçe-

Anayasal güvenceye sahip işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile çalışma hakkı arasında adil bir denge kurulacak şekilde yasal bir değişiklik yapılması uygun olacaktır.

sinde yer alan "...Ayrıca, asıl işverenin alt işveren- den iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır..." ifadesine bakıldığında yasa koyucunun anılan sözcüğü bilinçli şekilde kullandığını söylemek mümkündür.

Yine maddenin gerekçesinde 1475 sayılı Kanunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin belirtilen unsurlarının aynen korunduğu, bununla birlikte kavram açısından, özellikle alt işverene verilecek işin niteliği ve asıl işin bir bölümünün verilmesi gibi konularda daraltıcı etkiye sahip hüküm ihdas edildiği ifade edilmiştir. Madde gerekçesindeki bu açıklama karşısında "ile" ifadesini sözlük anlamından başka yasa koyucunun amacını da göz önünde bulundurmamak suretiyle yorumlamak daha gerçekçi olacaktır. Şu halde maddede kullanılan ifadeler itibarıyla alt işverene verilen işin uzmanlık gerektirmesi koşulu işletmenin ve işin gereğinden ve teknolojik nedenlerden ayrı düşünülemez.

Esasen "işletmenin ve işin gereği", işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesini de kapsayacak şekilde geniş bir kavramdır. Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işin alt işverene verilmesi aynı zamanda işletmenin ve işin gereğinin bir sonucudur. Bu açıdan denilebilir ki "işletmenin ve işin gereği" ifadesinin belirtilmesine gerek yoktu⁸. Çünkü teknolojik neden zaten işletmenin ve işin gereği olarak ortaya çıkar. Teknolojik nedenler dışında, çok geniş ve aynı zamanda sübjektif bir kavram olan "işletmenin ve işin gereği" uzmanlık gerektiren işin alt işverene verilebileceği kabul edildiğinde asıl iş bakımından yapılan sınırlamalar bir anlam ifade etmeyebilir. Gerçekten, bu durumda işverenlerin teknik nedenler dışında uzmanlık gerektiren asıl işler için personel buldurmasına gerek kalmayabilecek; tüm nitelikli işlerin alt işverene verilmesi mümkün hale gelecektir. Daha açık bir ifade ile tüm işler alt işverene verilebilecektir. Böyle bir sonuç da yasal düzenlemenin sözüne ve özüne aykırı olacaktır.

Yargıtay da bazı kararlarında yasal düzenleme-deki baskın unsurun "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olduğunu belirtmiş⁹, bir kararında da "...İşyerinde asıl işin bir bölümü taşeron olduğu belirtilen davalı... Ltd. Şti.ne yaptırılmaktadır. Söz konusu işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği kanıtlanmamıştır..." demek suretiyle ayrıca işin ve işletmenin gereğinden söz etmemiştir¹⁰.

Görüldüğü gibi pozitif hukuk işverenlerin asıl işlerini başka bir işverene gördürmesini önemli derecede sınırlamıştır. Maddenin sözü gerekçesi birlikte yorumlandığında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının oldukça dar bir alana hasredildiği açıktır. Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere yasa koyucunun amacı da aşılıp pozitif düzenlemelere başka bir anlam yükleme imkânı bulunmamaktadır. Kuşkusuz, ağır rekabet koşullarında varlıklarını sürdürmeye çalışan işverenlerin bu düzenleme ile ciddi birtakım sıkıntılar yaşamaları kaçınılmazdır. Üretim ve istihdamı olumsuz şekilde etkileyecek böyle bir sonuç ülke ekonomisi bakımından da arzu edilen bir durum olmasa gerekir. Bu nedenle, Anayasal güvenceye sahip işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında adil bir denge kurulacak şekilde yasal bir değişiklik yapılması uygun olacaktır.

3. ALT İŞVERENLERİN DEĞİŞMESİNİN İŞYERİ DEVRİ OLARAK YORUMLANMASI

Uygulamada alt işverenler değiştiği halde işçinin hiç ara vermeden çalışmaya devam ettiği durumlarda işçilik hakları bakımından uyumsuzluklar 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü "işyeri devri" müessesesi devreye sokularak çözümlenmektedir¹¹. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında geçen "işyerlerinin...herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi..." ifadesi kıdem tazminatı açısından sorunu çözmekte ise de, diğer işçilik alacakları yönünden sorunun her zaman "işyeri devri" müessesesi ile halledilmesi güçlük arz etmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlığını taşıyan 6. maddesine göre "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde,

Belirli süreli bir alt işverenlik sözleşmesini iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşul olarak kabul etmek gerekir.

devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer". Belirtilen düzenlemeye göre işyerinin devrinin "hukuki bir işlem"e dayalı olarak gerçekleşmesi gerekir.

Hukuki işlem, hukuki bir sonuç elde etmek amacıyla iradenin açıklanmasıdır. İki taraflı hukuki işlem olarak nitelenen sözleşmeler, bir hukuki sonucun meydana gelmesi konusunda karşılıklı iki iradenin birleşmesini gerektirmektedir¹².

Alt işverenin bu sıfatla mal ve hizmet üretimini yerine getirdiği yer kendi işyeri sayılır ve işyerini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bölge çalışma müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Ne var ki, bu işyerinin varlığını devam ettirmesi çoğunlukla asıl işverenin irade ve tutumuna bağlıdır. Örneğin asıl işverenin faaliyetini sonlandırması, işi bizzat kendisini yapacağına karar verip yeni bir ihale yapmaması, yeni ihale koşullarını zorlaştırması nedeniyle ihaleye katılamama veya ihaleyi kazanamama gibi nedenlerle alt işverenin ilişkiyi devam ettirmesi imkânsız hale gelebilir. Alt işveren, üstlendiği işi asıl işverenin rızasını almadan başkasına devredememektedir. Bu nedenle, alt işverene ait işyerinin asıl işverenden tümüyle bağımsız olduğunu söylemek güçtür¹³.

Yeni ihaleyi kazanan alt işveren ile ihaleyi kaybeden veya ihaleye katılmayan alt işveren arasında herhangi bir işlem yapılmamakta, işlemler asıl işveren ile ihaleyi alan yeni alt işveren arasında gerçekleşmektedir. Çoğunlukla alt işverenler birbirlerini hiç görmemekte ve tanımamaktadırlar. Böyle bir durumda alt işverenlerce işyerinin devri konusunda hukuki bir işlem yapıldığını söylemenin güçlük arz ettiği ortadadır. Kanımızca alt işverenlik uygulamasına konu işyeri ile ilgili en geniş yetki asıl işverende olduğuna göre asıl işveren, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında olduğu gibi ilişkinin sona ermesinde de işyeri devrini sağlayan "hukuki işlem" in bir tarafı olmaktadır. Başka bir anlatımla, asıl işveren işyerini hukuki bir işlemle

bir alt işverene devretmekte, ilişkinin bitimi ile yine bir hukuki işleme dayalı olarak işyerini devralmaktadır. Daha sonra işyerinin yine asıl işverenin tasarrufu ile yeni bir alt işverene devri, ayrı bir işyeri devri olarak ele alınmalıdır. Böylece alt işverenler değiştiği halde hiç ara vermeden çalışmaya devam eden alt işveren işçileri, her alt işveren değişiminde, çok kısa bir süre için de olsa asıl işverenin işçisi konumuna geleceklerdir. Bu durumda, asıl işveren kendisinden önceki alt işverenler bakımından aynı zamanda son işveren olarak değerlendirilecektir. Asıl işverenin işyeri devrini sağlayan hukuki işlemde daima bir taraf olarak kabul edilmesi, daha açık bir ifade ile işverenler zincirinin bir halkası olması işçinin hakları bakımından önemli bir güvence sağlayacak ve bugün yaşanmakta olan birçok sorun çözüme kavuşmuş olacaktır. Kuşkusuz, buraya kadar söylenenler asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında asıl işverenin rızası alınmak suretiyle işin alt işverence bir başka kişiye devri halinde uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda işyeri devri alt işverenler arasında gerçekleşmiş olmaktadır.

4. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN ASIL İŞVERENLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN KAPSAMI DIŞINDAKİ İŞLERDE ÇALIŞTIRILMASI

Uygulamada zaman zaman alt işveren işçilerinin asıl işverenle yapılan sözleşmenin kapsamı dışındaki işlerde geçici veya sürekli olarak çalıştırıldıkları görülmektedir. İşçinin bu şekilde başka bir işte çalıştırılmasının asıl işveren-alt işveren ilişkisi üzerindeki etkisi önemli bir hukuki sorundur. Bu tür bir uygulamada ilişkinin muvazaaya dayandığının kabul edilip edilemeyeceği, sadece "başka işte" çalıştırılan işçi açısından mı, yoksa asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tamamı açısından mı muvazaayı kabul etmek gerektiği, bu şekilde çalıştırmanın sürekli veya geçici olmasına göre farklı bir sonuca varılıp varılamayacağı, "başka iş" in asıl iş veya yardımcı iş olmasının varılacak sonucu etkileyip etkilemeyeceği gibi soruların cevaplandırılması gerekmektedir.

Hemen belirtelim ki, alt işveren işçilerinden bir ya da birkaçının başka bir işte sürekli olarak çalıştı-

Alt işverenin bildirimde bulunma yükümlülüğü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na karşı olup, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra başlar.

rılması durumunda ilişkinin tümünün muvazaalı olduğunu kabul etmek ağır bir sonuç olur. Bu durumda, alt işveren işçisinin başka bir işte çalıştırılması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bütününe değil, sadece o işçi bakımından bir etkiye sahip olmalıdır. Kuşkusuz böyle bir sonuca varmak için başka işte çalıştırmanın sürekli olması gerekir. İşçinin kısa bir süreliğine başka bir işte geçici olarak çalıştırılmış olması kendisi açısından tek başına muvazaayı kabul etmek için yeterli olmayabilir. Ancak bu geçicilik az sayıdaki işçi için olmalıdır. Alt işveren işçilerinin tamamının veya büyük bir kısmının sıra ile geçici olarak başka işte çalıştırılması sürekli bir işgücü ihtiyacının karşılanması anlamına gelebilir ve bu durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kabulü gerekebilir.

Öte yandan, asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmenin (temel sözleşme) kapsamı da bu konuda önem arz etmektedir. Yardımcı işler için yapılan bir sözleşme kapsamında çalışan alt işverenin işçisinin, sözleşmede yer almayan başka bir yardımcı işte çalıştırılması asıl işveren-alt işveren ilişkisini etkilememelidir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişkinin o yardımcı işi de kapsayacak şekilde genişletildiğini kabul etmek gerekir. Zira asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumunu sağlayan temel sözleşmenin yazılı olması şart değildir. Alt işveren işçilerinin birkaçının ya da büyük bir bölümünün hatta tamamının başka bir yardımcı işte çalıştırılması vardığımız sonucu değiştirmeyecektir. Ayrıca belirtelim ki, yardımcı işlerin bölünerek verilmesini yasaklayan ya da sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yardımcı iş için yapılan sözleşme kapsamında çalışan alt işveren işçisinin asıl işte çalıştırılması ya da asıl işin bir bölümü için ilişki kapsamında çalışan alt işveren işçisinin asıl işin sözleşme kapsamında yer almayan başka bir bölümünde çalıştırılması durumunda, fiilen çalıştırılan işin 4857 sayılı

İş Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen şartları taşıyıp taşımadığında göre bir sonuca varmak gerekir. Fiilen yaptırılan iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmiyorsa o işte çalıştırılan işçi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmadığı ve işçinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir. Fiilen çalıştırılan iş alt işverene verilme koşullarını taşıyorsa alt işverenlik sözleşmesinin taraflarınca o işi de kapsayacak şekilde genişletildiğini kabul etmek gerekecektir.

İş Kanunu'na uygun olarak kurulmuş olan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde bir süre sözleşme kapsamındaki işte çalıştırılan işçinin, daha sonra sözleşme kapsamında olmayan ve alt işverene verilme koşullarını taşımayan asıl işte çalıştırılması ihtimalinde ise asıl işte çalıştırılmaya başlandığı tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayılmalıdır.

5. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNE ETKİSİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesine göre iş sözleşmesinin belirli süreli olması için objektif koşulların bulunması gerekir. Aynı maddede objektif koşullara örnek olarak belirli süreli işler, belirli bir işin tamamlanması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması sayılmıştır. Maddenin son fıkrasında esaslı nedene dayanan zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliklerini koruyacakları öngörülmüştür.

Alt işverenlerin genellikle işçileri ile belirli süreli iş sözleşmesi yaptıkları ve iş sözleşmesinin süresini asıl işveren-alt işveren ilişkisinin süresine endeksledikleri uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Alt işverenliğe konu işin süresinin iş sözleşmesinin belirli süreli olması için gerekli objektif koşulu teşkil edip etmediği önemli bir sorundur. Belirtelim ki, süreli sözleşme yapmak zorunda olan kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet satın almaları hariç olmak üzere, süresi belli olmayan bir asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin kurulması mümkün olup, bunu engelleyen bir yasal düzenleme mevcut değildir. Belirsiz süreli bir alt işverenlik sözleşmesi kapsamında çalıştırılan işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını ge-

rektiren objektif koşulların mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna karşılık, belirli süreli bir alt işverenlik sözleşmesini iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşul olarak kabul etmek gerekir. Gerçekten, bir sonraki sözleşme döneminin devam edip etmeyeceğinin belli olmadığı ya da yeni bir sözleşmenin asıl işverenin iradesine tabi olduğu bir durumda alt işverenin işçisi ile sadece asıl işverenle yapılan bir sözleşme dönemine bağlı olarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında objektifi koşulların gerçekleştiğinin kabulü yerinde olur.

Alt işverenin üstlendiği işin asıl işverenin işyeri bakımından süreklilik arz etmesi iş sözleşmesinin belirli süreli sayılmasına engel teşkil etmemelidir. Zira sözleşmenin belirli süreli olmasını sağlayan koşulun objektif olup olmadığı asıl işverene ve onun işine göre değil, alt işverenin durumuna göre takdir edilmelidir. Başka bir anlatımla, objektif koşulun mevcut olup olmadığı asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesinin süresine göre belirlenmelidir. Ancak, iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşul bulunmasına rağmen tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmaları mümkün olduğuna göre, alt işveren ile işçisi arasında yapılan sözleşmenin belirli süreli olduğu kararlaştırılmamışsa sözleşme belirsiz süreli sayılmalıdır.

Alt işverenin asıl işverenle yaptığı birbirini takip eden sözleşmeler, zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliklerini korumaları için esaslı neden teşkil edecektir. Kanımıza göre kıdem tazminatı fonuna ilişkin düzenleme yapıldığında, bir yıldan kısa süreli asıl işveren-alt işveren ilişkisine bağlı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını engelleyici etkisi ortadan kalkacaktır.

6. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN MUVAZAAYA DAYANDIĞININ İŞ MÜFETTİŞİNCE TESPİTİ SORUNU

4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesine 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 2. fıkrasında "Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı ya-

zılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora alt işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır." kuralına yer verilmiş; aynı kanunla sözü edilen maddeye eklenen 4. fıkrada ise "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." hükmü öngörülmüştür.

Söz konusu düzenleme birkaç yönden tartışılmalara ve yeni sorunlara yol açacak niteliktedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, "İşyerini bildirme" başlığını taşıyan 3. madde esas itibarıyla işverenin ya da alt işverenin işyerlerini bölge müdürlüğüne bildirme ile ilgili yükümlülüklerini düzenlemektedir. Alt işverenin bildirimde bulunma yükümlülüğü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na karşı olup, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra başlar. Bu nedenle işyerini bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğine bir hanel getiremez. Başka bir anlatımla, alt işverenin işyerini bölge müdürlüğüne bildirme yükümlülüğü asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurucu unsuru olarak kabul edilemez.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesine göre alt işveren asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte işyerini bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Buna göre yazılı bir alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli diğer belgeler ibraz edilmeden yapılan bildirim maddede belirtilen yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmeyecektir. Ancak, burada sözü edilen alt işverenlik sözleşmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğuran temel sözleşme değildir¹⁴. Zira asıl işveren-alt işveren ilişkisi kira, istisna ve taşıma gibi sözleşmelerin (temel sözleşme) yapılması ile doğa-

bilen bir sonuçtur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmamış olması ya da muvazaaya dayanması, temel sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz¹⁵. Ayrıca, yazılı şekil şartı öngörülmemiş temel bir sözleşmenin sözlü olarak kurulmuş olması asıl işveren-alt işveren ilişkisini meydana getirebilecektir. Öyleyse alt işverenlik sözleşmesi kendisini doğuran temel sözleşmenin iş hukuku cephesinde doğan bir sonucu olduğundan, bildirim yükümlüğünün yerine getirilmesi kapsamında ibraz edilmesi istenen yazılı sözleşme, temel sözleşmenin belgelendirilmesidir ve salt bildirim için gereklidir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu açısından ispat şartı değildir¹⁶.

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının değişiklik gerekçesine göre alt işverence işyerinin bölge müdürlüğüne bildirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi bağlamında yazılı alt işverenlik sözleşmesinin ibraz edilmesi şartının öngörülmesinin nedeni muvazaa incelemesi yapacak olan iş müfettişine kolaylık sağlamaktır. Buna göre iş müfettişi sadece muvazaa yönünden inceleme yapabilir. Dolayısıyla, inceleme asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarına yönelik olamayacaktır. Zira muvazaa geçerli olarak kurulmuş bir ilişkide söz konusu olabilir¹⁷.

İş müfettişinin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığına ilişkin yaptığı tespiti karşı işverenlerin 6 işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz etmemesi veya itirazın mahkemece reddi halinde ilişkinin muvazaaya dayandığı sonucuna varılarak işyerinin tescili işlemi iptal edilecek ve işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Muvazaanın bu şekilde kesinleşmesi işverenleri bağlayacak ve herhalde işçi lehine sonuç doğuracaktır. Ancak, mahkemece itirazın haklı görülüp muvazaa bulunmadığının tespiti durumunda önemli bazı sorunların doğması kaçınılmazdır. Gerçekten, iki işveren arasında yapılan muvazaalı işlem, işçiyi bir takım bireysel ve kolektif haklardan yoksun bırakmaya yöneliktir. İşçinin taraf olarak yer almadığı bir davada muvazaa bulunmadığına ilişkin verilen hüküm kendisini bağlamayacak ve bu açıdan kesin hükümden söz edilemeyecektir. Alt işveren işçisi, sonradan bir dava açarak işverenler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığını ileri sürebilecektir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda, işverenler ve iş müfettişi tarafından

yapılan işlemlerle mahkemece yapılan yargılama boşa çıkmış olacaktır. Belirtilmelidir ki, işçinin taraf olarak yer almadığı böyle bir davada ilişkinin muvazaaya dayanmadığına ilişkin bir tespit kararının çıkma ihtimali daha yüksektir. Bu bağlamda, daha yeni çalışmaya başlamış veya iş sözleşmesi devam eden bir işçinin böyle bir davaya taraf olması ya da iş müfettişine muvazaa doğrultusunda bir beyanda bulunmasının çok güç olduğunu da belirtmek gerekir. İşçiyi bağlamayacak bir kararın iş sözleşmesinin devamı sırasında bir takım sendikal haklarını kullanmasına engel olabilmesi de kuvvetli bir ihtimaldir. Şu hale göre 3. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin isabetli bir düzenleme olmadığı söylenebilir.

7. KAMU KURUMLARINDA ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI

Ülkemizde kamu kurumlarının önemli bir kısmı bilgi işlem, güvenlik ve temizlik gibi hizmetleri ihale ile satın alma yoluna gitmektedir. Kadro ve personel sıkıntısı yaşayan birçok kamu kurumunun yüklenici elemanlarına bir kısım asli işlerini de geçici veya sürekli olarak yaptırdıkları yargıya intikal eden bazı olaylar ile ortaya çıkmıştır¹⁸.

5272 sayılı Kanun ve bu kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi belediyelere park ve bahçelerin bakım, onarım ve sulama, ulaşım, temizlik gibi asli işlerini başkasına gördürme imkânı getirmiştir. Sözü edilen hükümde ifade edilen işler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasındaki sınırlamalar aranmaksızın alt işverene verilebilir. Bu nedenle Yargıtay, belediyelerin 5393 sayılı Kanun'a dayanarak yaptıkları uygulamaları daha çok muvazaa denetimine tabi tutmaktadır¹⁹.

Belediyeler dışında özellikle hiçbir alanda işçi çalıştırmayan kamu kurumlarının hizmet satın almalarının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisi meydana getirip getirmediği tartışmaya açık bir konudur. İş Kanunu'nun anılan hükmüne göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için işi veren bir işveren ile işi alan diğer bir işverenin bulunması gerekir. Hiç işçi çalıştırmayan ve dolayısıyla işveren sayılmayan bir kimsenin işlerini bir işverene vermesi alt işverenlik uygulaması olarak kabul edilemez²⁰.

Başka bir anlatımla, bir kimsenin asıl işvereni sıfatı taşıyabilmesi için, alt işverene verdiği işten dolayı işveren niteliğini taşıması, ayrıca kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir²¹. Birçok kamu kurumunun işçi çalıştırmadığı bilinen bir olgudur. Daha önce 657 sayılı Devlet Memurları kapsamındaki yardımcı hizmetliler veya sözleşmeli memurlar eliyle yürütülen temizlik ve güvenlik gibi hizmetlerinin kamu kurumuna işverenlik sıfatını kazandırmayacağı/kazandırmadığı açıktır. İşveren sıfatı bulunmayan kamu kurumlarının temizlik, güvenlik ve bilgi işlem gibi hizmetleri satın almaları asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğurmaz. Dolayısıyla bu durumdaki kamu kurumun İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında sorumluluktan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, şartları mevcutsa İş Kanununun 36. maddesinde öngörülen sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Kamu kurumlarının hizmet satın almalarını asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları yönünden değerlendirmeye alan bir Yargıtay kararına rastlanmamıştır. Kamu kurumunu 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi anlamında asıl işveren olarak işçilik hak ve alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutan kararların çokluğu dikkate alındığında Yargıtay'ın bir ayırımı gitmeksizin kamu kurumları ile hizmet satın aldığı kişi arasındaki ilişkiyi asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul ettiği söylenebilir²². Hizmetleri ihale ile temin eden firmaların çoğunlukla zayıf ve ömürlerinin kısa olması nedeniyle işçilik alacaklarının bir güvenceye kavuşturulması ihtiyacından doğduğu anlaşılan bu uygulamanın yukarıda açıklanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi teorisine uymadığı açıktır. Ancak, bu tür pratik çözümler sorunu ortadan kaldırmamaktadır. Kamu kurumlarının yapılan ihalelerde hizmet satın alınan kişilerden işçilik haklarını güvenceye alacak yeterli teminatlar alınmasının sağlanması ve kıdem tazminatı fonunu öngören bir düzenleme ile sorunun çözümü daha sağlıklı bir yol olarak görünmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 1.7.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanun'la eklenen 8. fıkrada yer alan "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, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici 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." kuralının kamu kurumları yönünden asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanunu'nda düzenlenen kurucu unsurları kaldırdığı söylenemez. Gerçekten, fıkrada yer alan "diğer kanunlar çerçevesinde" ifadesi 6. fıkradaki unsurların aranmasını gerektirmektedir. Fıkrada belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarınca kanuna uygun kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan alt işveren işçisinin asıl işveren olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarının personeline mali haklar ve sosyal yardımlar sağlayan personel kanunları ve diğer mevzuat hükümlerinden, ayrıca kamu kurum ve kuruluşun tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması (8. fıkra hükmü olmasa bile) mümkün değildir. Aynı şekilde, geçerli olarak kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan alt işveren işçisinin kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına ait kadro ve pozisyonlarına atanmaya hak kazanması da kural olarak mümkün değildir. Ancak, bu durum kanuna uygun kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde geçerlidir. Kanuna uygun kurulmamış veya muvazaaya dayanan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından 8. fıkrada yer alan kuralların geçerli olduğu söylenebilir. Zira davacı bu durumda baştan itibaren o kamu kurum, kuruluş veya ortaklığın işçisi kabul edilecektir. Bu bakımdan düzenlemenin geçerli olmayan ya da muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkileri için söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Anılan düzenlemeden önceki uygulama da bu yöndeydi ve kamu kurum, kuruluş ve ortaklıkları da kapsayacak şekilde tüm işverenler için geçerliydi. Buna göre 2. maddeye eklenen söz konusu fıkra daha önceki uygulamalardan farklı yeni bir düzenleme getirmemiştir. Deyim yerinde ise "malumu ilan" olmuştur. Nitekim Yargıtay da sözü edilen düzenlemenin mevcut uygulamayı değiştirme-

diğini kabul etmiş, düzenlemenin kamu kurumlarını kayırdığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır²³.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg.9.HD. 16.10.1995, 10874-31656 (Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 1998, s.187); Yarg. 9.HD. 6.11.2001, 14228-17344 (Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Eylül 2007, s.265-267); Yarg. HGK. 14.11.2001, 2001/9-711, 2001/820 (Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008, s. 66-71).
- 2 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2004, s.31; Güzel, Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, 31-65, s.50; Ünsal, Engin, 4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, S.6, s.539.
- 3 Taşkent, Savaş, "Alt İşveren", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2, s.364.
- 4 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, Ağustos 2008, İstanbul, s.47; Şahlanan, Fevzi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri (Panel), Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES), Ankara 2004, s.48; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s.146; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, Tuncay, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s.70.
- 5 Mollamahmutoglu, Hamdi, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s.162.
- 6 Şen, Sebahattin, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Bırakılması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/3, S.10, s.92.
- 7 Yarg. 9.HD. 3.6.2008, 2007/21093-2008/13855, Aynı yönde 9. HD. 22.7.2008, 22107-21728 (Kişisel Arş.).
- 8 Nitekim Süzek, işletme ve işin gereği kavramının farklı bir biçimde yorumlanmasının yaratabileceği sakıncaların giderilmesi amacıyla "işletme ve işin gereği" ifadesinin İK. m.2/6 hükmünden çıkarılması yönünde bir değişikliğin yapılmasının yerinde olacağını önermiştir (İş Hukuku, 4.Baskı, İstanbul 2008, s.151).
- 9 Yarg. 9.HD. 3.6.2008, 2007/37527-2008/13812, Aynı yönde 9.HD. 11.9.2008, 27118- 23259 Kişisel Arş.).
- 10 Yarg. 9.HD. 15.9.2008, 3695-23517 (Kişisel Arş.).
- 11 Yarg. 9.HD. 5.5.2008, 13627-11315, 10.7.2008, 2007/24630-2008/19829 ve 6.3.2008, 3144-3849 (Kişisel Arş.).
- 12 Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, 5. Baskı, Ankara 1983, s. 227.
- 13 Mollamahmutoglu, s.183.
- 14 Mollamahmutoglu, s.165.
- 15 Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Ekim 2005, s. 18-19.
- 16 Centel, Tankut, Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S.10, s.6; Mollamahmutoglu, s.166.
- 17 Aydın, İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s. 287 vd. Yazara göre, hukuka aykırı alt işveren uygulaması

muvaaza olarak değil, kanuna karşı hile olarak nitelendirilmelidir; Aksi görüş için Bkz. Mollamahmutoglu, s.176-177.

- 18 Yarg.9.HD. 26.11.2007, 38695-35306 sayılı kararı "...davalılar arasındaki sözleşmede yapılacak hizmetin taşıma, temizlik ve yemek servis hizmetleri olarak belirtildiği halde, gerek tutanak içeriklerinden ve gerekse tanık beyanlarından bu çalışanların bir kısmının hasta bakıcılık gibi üniversitenin asli işi olan sağlık hizmetlerinde, güvenlik hizmetinde, hastanenin ameliyathane gibi kimi bölümlerinde çalıştırıldıkları ve özel eğitime tabi tutuldukları, bu şekilde özel eğitim ile nitelik kazandırılarak, asli işte çalıştırıldıkları, verilen işlerin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren ve taşerona devri gereken nitelikte iş olmadığı, aradaki sözleşmenin hizmet alımı değil, işçi teminine yönelik olduğu..."(Kişisel Arş.); Aynı yönde Yarg.9.HD. 9.6.2008, 20367-14587 (Kişisel Arş.).
- 19 Yarg.9.HD. 28.5.2007, 16748-17114 sayılı kararı: "...Belediyeler yönünden 24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67.maddesi ve anılan kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67.maddesi belediyelerin asli işleri kapsamındaki temizlik işlerinin dışarıdan satın alma yoluyla yaptırılabilmesini özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, belediyeler açısından genel muvazaa hükümleri dışında asli işlerin özel şahıslara verilmesini sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı belediyece yürütülen temizlik, park ve bahçelerin bakım, onarım ve sulama işlerinin asli iş oldukları ve asli işlerin özel şahıslara gördürülmeyeceği yolunda mahkemece varılan sonuç isabetli değildir." (Kişisel Arş.).
- 20 Süzek, s.143; Mollamahmutoglu, s.166-167; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.I, Eylül 2008, s.51. Nitekim Yargıtay da birçok kararında işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayan iş sahibini asıl işveren olarak kabul etmemiştir (9.HD. 3.5.1993, 6581/7403, Tekstil İŞv., Temmuz-Ağustos 1993, 47-48, Aynı yönde 9.HD. 22.7.2008, 25009-21740, Kişisel Arş.; Yarg. 21.HD. 24.10.2002, 7988/9046, YKD, Mart 2003, 428-429).
- 21 Akyiğit, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ocak 2006, s.89.
- 22 Yarg. 7.7.2008, 25460-19530; Yarg.9.HD. 26.11.2007, 38695-35306 (Kişisel Arş.).
- 23 Yarg.9.HD. 22.7.2008, 22107-21728 sayılı kararı: "...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 bazı istisnalar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa kriterleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması 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 öngörülmüş olmakla kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş 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..."(Kişisel Arş.); İtiraz yolu ile Yüksek Mahkemeye intikal eden 2007/67 esas sayılı dava henüz sonuçlanmamıştır.