

Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/33290

**Karar No** : 2009/2942

**Tarihi** : 19.02.2009

### DAVA

Davacı, kıdem tazminatı ile izin ücreti alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş. Kırmaz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**1-** Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

**2-** Taraflar arasında temel uyumsuzluk davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

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 İşK. 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini(n) sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren(e) verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmiştir. 4857 sy. İşK.’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. 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. Muvazaa Borçlar Kanunu’nda 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 Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. 5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu 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 Kanun’un 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.). Somut olayda davacı elektrik enerjisi üretimi yapılan Seyit Ömer Termik Santrali’nde elektrik üretiminde kullanılan ve kömür ile çalışan tribünlerin (değirmenlerin) bakım işinde çalışmıştır. Davalı işyerinde değirmen, transport, periyodik yağlama, kinci, elek, izolasyon, sıhhi tesisat bakımı ve onarımı işi ihale sözleşmeleri neticesinde uzun yıllardır alt işveren şirketler eliyle yürütülmüş, davacı da bu şirketlerin işçisi olarak ihale ile iş alan şirketler değişmesine rağmen ara vermeden termik santralde çalışmasını sürdürmüştür. Davacının, davalı işletmenin ihtiyaç duyduğu eleman istihdamının en ucuz şekilde temini amacıyla muvazaalı olarak asıl işleri taşeron şirketlere verdiği iddiası, mahkemece gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiştir. 4857 sy. İşK.’nun 2.maddesinin 6. fıkrası 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 göz önünde tutulur. Dolayısıyla söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin

bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır. Bu sebeple mahkemece üniversite öğretim üyelerinden seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyeti marifetiyle mahallinde keşif yapılarak alınacak raporla alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği tespit edilmeli, muvazaa iddiası her türlü şüpheden uzak bir şekilde dosyada mevcut tüm delillerle birlikte alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme ve teknik şartnameler de

göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilerek açıklığa kavuşturulmalıdır. Yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## 1. GİRİŞ:

Türk iş hukukunun önemli kurumlarından biri olan alt işverenlik ilişkisinin yasal düzenlemelere göre, özel kesimde yaşanması ile kamu işyerlerinde yaşanması ilke olarak farklıdır. Çünkü; bu konudaki yasa hükümlerinin devlet-özel ayırımı olmaksızın getirilmesi gerekir. Nitekim konuyla ilgili yasa hükümleri (İŞK. 2/6-7) ilke olarak böyledir ama İŞK. 2 hükmüne 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanunla eklenen 8. ve 9. fıkra hükümleri alt işverenliğin muvazaa yüzünden geçersizliğine bağlanan hukuki sonuçların kamu kesimi için ayrı, özel kesim için farklı mı olacağı konusunda zihinleri bulandıran içeriğe sahiptir. İşte incelemeye çalıştığımız bu kararda Yargıtay, bu konuya değinmekte ve 5538 sy Yasayla yapılan değişikliğin alt işverenlik ve muvazaanın sonuçları bakımından kamu/özel kesim işyerleri arasında farklılığa yol açmayacağını dile getirmektedir.

## II. OLAY VE PROBLEM:

Yukarıda metni verilen Yargıtay kararından ve dava dosyasına ulaşabildiğimiz için dosyadan anlaşıldığına göre:

### 1. Olay:

Davacı işçi, işveren Elektrik Üretim A.Ş. (E. Ü. A. Ş.) Genel Müdürlüğüne izafeten Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğü aleyhine bir dava açarak bu davada özetle;

\* Bir süreden (Haziran 1998'den) beri mu-

vazaalı alt işveren olarak nitelediği bir firmanın işçisi olarak davalı işyerinde (Seyitömer Termik Santralinde) çalışmaya başladığı ve bu durumun arada taşeronlar değişmesine rağmen aynı işyerinde hiç ara vermeden 05.01.2005 gününe dek devam ettiğini,

\* En son taşeron olarak gösterilen firmanın hiçbir haklı nedeni yokken davacı işçinin ücretini düşürüp geç ödemeye başladığını, hatta kendisine viziteye çıkma hakkı bile tanımadığını ve bu yüzden de kendisinin 05.01.2005'te iş sözleşmesini haklı olarak feshetmek zorunda kaldığını ve feshettiğini,

\* Davalı Kurum'un alt işverenlik için aranan yasal koşullar bulunmadığı halde, sırf ucuz ve yasal güvencelerden yoksun işçi istihdamını sağlayabilmek için ilgili kişilerle yasaya aykırı ve muvazaalı alt işverenlik ilişkileri kurduğunu ve böylece işçilerin sendikal örgütlenmesinin önüne geçilmek istendiğini,

\* Davalı işyerinde çalıştığı yaklaşık 7 yıllık hizmet süresi boyunca kendisine hiç yıllık ücretli izin kullandırılmadığını ve izin ücreti ile hak ettiği kıdem tazminatının ödenmediğini iddia etmiş ve şimdilik bunların sadece belirttiği bir kısmının ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı taraf (Kurum) ise savunmasında davacı işçinin taleplerini reddetmiş, Kurum ile ilgili firmalar arasında alt işverenlik değil hizmet alımı sözleşmeleri bağtlandığını ve koşullarının yazılı olarak belirlendiğini, muvazaalı alt işverenlik bulunmadığını ve bu yüzden Kuruma

sorumluluk düşmeyeceğini, aralarında yaptıkları sözleşme gereği sorumluluğun sadece taşeron firmalara ait olduğunu ve onların da zaten yasal biçimde bunları ödemediğini savunmuştur. Ayrıca, alt işverenlik olsa bile İşK. md. 2'ye 5538 sayılı Kanunla 2006'da yapılan ekleme sonucunda davalı Kuruma karşı davacı işçinin böyle bir iddia ve talepte bulunamayacağını dile getirerek davanın reddini istemiştir.

Davaya bakan yerel mahkeme ise, dosyayı bir bilirkişiye vermiş ve bilirkişi de olayda anahtar teslimi iş bulunmayıp alt işverenlik bulunduğunu ve alt işverenler değiştiği halde işçilerin çalışmaya aynen devam ettiğini, burada muvazaalı bir çalıştırma olmadığını ve fakat davacıya karşı asıl işveren olarak E. Ü. A. Ş.'nin tüm süre için sorumlu tutulabileceğini dile getirerek hesaplama yapmıştır. Tüm verileri değerlendiren yerel mahkeme neticede, olayda alt işverenlik ilişkisini de kabul etmiş sonucu çıkacak şekilde davalı E. Ü. A.Ş.'nin bilirkişi tarafından hesaplanan kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarını faiziyle birlikte ödemesine karar vermiştir.

Mahkemece verilen bu karar hem davacı ve hem de davalı taraflarca temyiz edilmiş ve temyiz üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. HD. ise yukarıda metnini verdiğimiz ve incelemeye çalıştığımız kararında, özetle "alt işverenlik kavramını tanımlayıp unsurlarını ve gerçekleşme koşullarını sıralamış, bu bağlamda asıl işin bir bölümünün alt işverene ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebileceğini ve bunda işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada olması gerektiğini, işletmenin ve işin gereğinin ancak teknolojik nedenler varsa göz önüne alınacağını vurgulamış, muvazaa kavramı ile alt işverenlikteki yasal muvazaa olgusuna değinerek kendisince kabul edilen muvazaa karinelerini belirtmiş, ayrıca kamu işyerlerinde yaşanan muvazaalı alt işverenlikler bakımından, İşK. 2'ye 5538 sayılı Yasayla eklenen 8. ve 9. fıkra hükümlerinin muvazaayı değiştirmedeğini ve kamuda da olsa muvazaalı alt işverenlikler halinde işçilerin asıl işverenin işçileriyle aynı haklara sahip olacağını, aksine tutumun İşK. 5'de belirtilen eşitlik il-

kesine aykırılığı gibi işçinin, şartları varsa toplu iş sözleşmesinden yararlanamamasına ve sendikal haklarını kullanamamasına neden olacağını belirtmiş ve bilirkişiye keşif de yaptırılarak muvazaa iddiasının açıklığa kavuşturulmasını isteyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur."

## 2. Problem:

İşte yukarıda sunulan karar metninden anlaşıldığı kadarıyla bu davada çözümlenmesi gereken problemlerin,

**A.** Dava konusu olayda davalı Kurum ile ondan ihaleyle iş alan ve davacı dahil, işçileri bu işte çalıştıran üstlenici arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin alt işverenlik ilişkisi olup olmadığı ve alt işverenliğin unsurlarının neler olduğu,

**B.** Bu ilişkide muvazaa bulunup bulunmadığı ve

**C.** Muvazaalı alt işverenliğin kamu kesimi işletmelerinde işçiler açısından doğurabileceği sonuçların neler olabileceği ve bu konuda özel kesim işyerlerinden farklılık bulunup bulunmadığından oluştuğu görülür.

## III. İNCELEME:

Yukarıda metnini verdiğimiz Yargıtay kararı ve olayla ilgili belgeleri incelemeye çalıştığımızda şöyle bir tablo ile karşılaşyoruz:

1. E. Ü. A.Ş.'ye bağlı bir işletme olan Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğü'nün kömürden elektrik üretme işiyle uğraştığı ve bunun her departmanında olduğu gibi, elekdeğirmen diye tabir edilen kömürün elenip ayıklandığı-kırıldığı birimlerde de kendi işçileriyle çalışmayı başlatıp bir süre böylece devam ettiği;

2. Fakat daha sonra değirmen dahil birçok işi hizmet alımı sözleşmesi diye anılan sözleşmelerle ve her yıl yapılan ihalelerle başka firmalara verdiği;

3. İhaleyi alan firmaların hemen her yıl böylece değiştiği ama bazılarıyla üst üste yıllarca süren sözleşmeler yapıldığı;

4. Firmaların kimilerinin temizlik ve turizm gibi aslında aldıkları işe yabancı firmalar olduğunun söylenebileceği;

5. İhaleyi alan firmanın/firmaların kendisi-

nin ayrı bir işçi grubu vs. bulunmayıp, hep aynı işçilerle çalışmanın sürdürüldüğü, değişenin sadece işi alan müteahhitler olduğu;

6. Müteahhidin oraya getirdiği işçilere bile işbaşı eğitiminin bizzat Davalı Kurum elemanlarınca verildiği;

7. Yıllardır davalı Kurum elemanlarıyla taşeron işçisi diye gösterilen işçilerin aynı yerde ve aynı işte (değirmen işinde) birlikte çalıştıkları ama son yıllarda sayılarının azaldığı;

8. Halen davalının kimi elemanlarının değirmende bulunduğu ve zaman zaman taşeron işçilerine doğrudan veya dolaylı talimatlar verdiği;

9. Çeşitli tarihlerde taşeronlarla yapılan hizmet alımı sözleşmelerinde ve buna dair teknik şartnamelerde değirmenlerin bakımı için gerekli tüm malzemelerin ve araçların ihale makamı denilen davalı Kurumca sağlanacağı, taşeronun bu işte çalıştıracağı işçilerin sayısının ve yaşlarının bile davalı tarafça belirlendiği ve

valı Kurumun bu konuda sorumluluk taşıyacağı vs. hususlarının açıkça belgelerde yer aldığı görülmüştür. Diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi davacıyı ilk olarak orada işe aldığı dile getirilen E. Elektrik Üretim ve Dağıtım A.Ş. ile davalı Kurum arasında imzalanan hizmet alımı sözleşmesi ile ona ait teknik şartnamede bu hususların tereddütsüz biçimde düzenlenip belirtildiği görülmektedir.

Keza davacının en son çalıştırıldığı taşeron olan A. A.Ş. ile 05.03.2004'ten itibaren yürürlüğe konulan hizmet alım sözleşmesi ile teknik şartnamede de anılan hükümlere aynen yer verildiği görülmektedir. Gerçekten bu son sözleşmede ve teknik şartnamesinde konuyla ilgili olarak şunların dikkate değer olduğu görülmektedir:

\* Sözleşme konusu olan işin; Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğünün değirmen, transport, periyodik yağlama, kırıcı, elek, izolasyon, sıhhi tesisat bakım ve onarımının bir

## İş başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur.

belirleneceği ve davalı Kurumun taşeron işçilerinin sayısını artırıp eksiltebileceği, davalının değiştirilmesini istediği işçilerin taşeron tarafından değiştirileceği, işçilerin kılık ve kıyafetlerinin de davalı kurumun isteğine uygun olacağı, taşeron işçilerinin taşıyacağı niteliklerin yine davalı tarafından belirlendiği ve getirilen işçilerin davalı tarafından deneme ve teste tabi tutulacağı; taşeron işçilerine bu işçiler arasından birisini ekip sorumlusu olarak yine davalı Kurumun belirleyeceği; taşeron işçilerinin çalışmaları sırasındaki puantajlarının davalı Kurum elemanlarınca tutulacağı; davalı Kurumun taşeron işçilerinin nitelik ve sayısını ve çalışma yerleriyle bölümlerini ve çalışma zamanları ile hafta tatillerini değiştirebileceği; taşeron işçilerine milli ve dini bayramlarda izinlerin davalı Kurum tarafından ve ücretsiz olarak verileceği; işçilerin İşK. ve SSK'dan doğan hakları bakımından tek sorumlunun taşeron olacağı ve da-

miktar işçiyle yaptırımı işi olduğu (Söz. md. 4),

\* Yüklenici/taşeronun belirlenen işçi sayısında davalı işletme istemedikçe değişiklik yapamayacağı (Söz. 22.2),

\* Taşeronun orada çalıştıracağı işçilerin ancak işletmece uygun bulunanlardan oluşacağı ve işletmenin uygun bulmadığı kişilerin işe başlatılamayacağı (Söz. 22.3),

\* Davalı işletmenin daha sonra uygun bulmadığı ve değiştirilmesini istediği işçilerin taşeron tarafından derhal işten uzaklaştırılacağı ve 3 gün içinde yenisinin getirileceği (Söz. 22 ve 16.5),

\* Taşeronun işçi sayısının işletme tarafından değiştirilebileceği (Söz. 33),

\* E.Ü. A.Ş.'nin onayı olmadan taşeronun eleman değiştiremeyeceği (Şartname 5.7),

\* Taşeron işçilerinin çalışma saat ve düzenlerini E.Ü. A.Ş. belirleyecek ve taşeronun getir-



diği işçilerin o işe uygun olup olmadığını E.Ü. A.Ş. deneyip test edecektir ve taşeron işçilerinin taşıyacağı nitelikler E.Ü. A.Ş. tarafından belirlenmiştir. (Şartname 6),

\* Taşeron işçilerinin tüm puantajlarının E.Ü. A.Ş. elemanlarınca tutulacağı (Şartname 7.2),

\*Taşeron işçileri sayısını, çalışma yer ve bölümleri ve çalışma zamanları ile hafta tatillerini bile E.Ü. A.Ş.'nin değiştirebileceği (Şartname 8.1.1-4),

\* İşçilerin mazeret ve yıllık izin tarihlerinin bile davalı E.Ü. A.Ş. tarafından belirleneceği (Şartname 9/g, h, ı, i),

\* Taşeron işçilerinin E.Ü. A.Ş.'nin talimatlarına uymak zorunda oldukları ve uymayanların E.Ü. A.Ş. tarafından işten atılacağı ve yerine yeni işçi getirileceği (Şartname 10-ı) ve

\* Taşeronun bu işlerde kullanacağı bütün araç ve gereç ile malzemelerin E.Ü. A.Ş. tarafından verileceği belirlenmiştir. (Şartname 7.1).

10. Gerçekten davacı işçinin de 07.05.1998 tarihinden beri davalının Seyitömer işletmesinde değirmen işçisi ve bir taşeron işçisi olarak işe başladığı ve daha sonraları değişik taşeronlara bağlı gösterildiği ve en son başka bir taşeron işçisi olarak çalışırken işten ayrıldığı,

11. Davalı işletmesinde çalışan taşeron işçilerinin kendilerine yasal iş koşullarının uygulanmadığına dair TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'na bile dilekçe verdikleri ve fakat bunun üzerine işletmeye gönderilen ÇSGB Baş İş Müfettişi'nin inceleme yapmak ve orada çalışan işçileri de dinlemek yerine sadece işletme müdürüyle röportaj yapar gibi görüşme tutanağı tuttuğu ve bunun İşK. 92'de belirtilen tutanak olgusundan uzak bulunduğu,

12. Keza yine bir Baş İş Müfettişi tarafından yapılan teftiş üzerine hazırlanan raporda ise; davalı işletmedeki taşeronlaşmanın muvazaalı ve geçersiz olup, işçilerin aslında E.Ü. A.Ş. işçisi oldukları açıkça ve delilleriyle gösterildiği anlaşılmaktadır.

#### IV. DEĞERLENDİRME:

Her şeyden evvel uyuşmazlıktaki ana sorun olayda bir alt işverenlik bulunup bulunmadığı ve varsa bunun muvazaalı olup olmadığı ve nihayet muvazaalı ise bir kamu işyeri olan E.Ü.

A.Ş. bakımından İşK. 2/8. ve 9. fıkra hükümleri karşısında doğurabileceği sonuçların neler olabileceğidir. Bunlarınsa sırayla şöyle değerlendirmiyi düşünülebilir.

#### 1. Olayda Alt İşverenlik Bulunup Bulunmadığı:

Uyuşmazlık konusu işçinin çalışmasına esas teşkil eden hukuki ilişkinin 1475 sayılı İşK. döneminde (19.06.1998'de) başladığı ve yeni İş Yasası olan 4857 sayılı İşK. döneminde (05.01.2005'de) sonlandığı dikkate alınınca, aradaki ilişkinin alt işverenlik olup olmadığı ve geçerli bulunup bulunmadığının da buna göre değerlendirimi gerekir. Bunun için önce genel olarak alt işverenlik kavramı ve unsurları ile geçersizliği hakkında bilgi verilecek ve sonundaysa somut olaya dönük değerlendirmelerde bulunulacaktır. Buna göre;

#### A. Genel Bilgiler:

Bilindiği üzere, işyeri; asıl işin yapıldığı yerler ile işyerinden sayılan yerlerin birlikte oluşturduğu iş hukuku ünitesidir (İşK. 2) ve bir işyerinde mal ve/veya hizmet üretimiyle bağlantılı olarak mevzuatımız itibarıyla birisi "asıl iş ve bölümleri", diğeri "yardımcı iş" olmak üzere iki tür iş bulunur. Bir işverenin tüm bunları kendi personeliyle yürütüp yapması, doğaldır ama bazen asıl işinin bir bölümünü veya yardımcı işlerin yapımını çeşitli nedenlerle başka bir işverene bırakması yani işin onun vasıtasıyla yapılmasını sağlaması da mümkündür. Özellikle 1970'lerden bu yana yaşanan sürekli ekonomik kriz ve değişen personel yönetimi, personelde esneklik gereğini ortaya çıkarmıştır. İşte ekonomik nedenler ve işverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve sürekli istihdam anlayışı onları böyle bir yola itmiş olabilir. İş başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi (BK. 355 vd.) bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur. Böyle bir ilişkinin değişik şekillerde karşımıza çıkması mümkündür. Öyle ki bir kimse kendisi işveren

**Yasa Tasarısı TBMM’de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetle alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir.**

sıfatı taşımaksızın veya taşısa da o işle ilgili olmaksızın belli bir işin yapımını bir müteahhide götürü olarak vermiş olabilir. Örneğin kendi arsasına bina yapımı işinin bir müteahhide verilmesi böyledir. Buna alelade eser sözleşmesi veya müteahhitlik ilişkisi denilebilir<sup>1</sup>. Böyle bir durumda, işi alan müteahhit bunu bir sonuç garantisi altında serbestçe yapar. Duruma göre işi ismarlayanın alanında yapması gerekmez ve zaten olayların çoğunda ismarlayanın o işle ilgili işveren sıfatı ve işyeri ile işçileri de yoktur. Bunda iş hukukunu ilgilendiren bir alt işverenlik mevcut değildir ve iş hukukuna ait sonuçlar gündeme gelmez. Fakat bazen, kendisi de o işle ilgili olarak orada işçi çalıştırırken asıl işin bir bölümünde veya işyerinin yardımcı işlerinde (çoğu kez eklentisinde) başka işverene, orada yapılmak üzere ihaleyle veya ihalesiz sözleşmeyle götürü biçimde iş verebilir. Buna ise alt işveren ilişkisi denir ve özelliklerini aşağıda sunacağız<sup>2</sup>.

Aslında 3008 sayılı İşK.’dan beri<sup>3</sup> hukuk sistemimizde yer bulan alt işveren olgusu 1475 sayılı İşK.’da “diğer işveren” diye dile getirilmişti (1475 sayılı İşK. 1/son fıkra), sonra aşağıda sunulacağı üzere 4857 sayılı İşK.’da düzenlenmiş ve bazı değişiklikler geçirmiştir (İşK. 2/6-9 ve 3/2).

### **B. 1475 sayılı İşK. Dönemi:**

Bilindiği üzere 1475 sayılı İşK. 1/son fıkra hükmünde, alt işveren kavramı “herhangi bir işverenden işinin-işyerinin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve aldığı bu işte işçilerini münhasıran oraya özgüleyerek çalıştıran diğer işveren” olarak tanımlanmıştı. Buna uygun

olarak alt işverenliğin ancak, ortada kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin bulunması ve bundan asıl işte veya eklentide kendi işçileriyle yapmak üzere iş alan bir başka işverenin olması ve işçilerini oraya özgülemiş biçimde çalıştırması ile alınan bu işin asıl işverene ait işyerinde yapılması gibi koşullar aranıyordu. Bu şartlarda alt işverenin işçilerinin seçimi, işe alınması, talimatlar verilmesi, cezalandırılması ve işten atılması gibi konularda tek yetkilinin alt işveren olması aranıyordu. Aksine hallerde uygulamada işçilik haklarının dolanımı sonucu doğuran bir takım kötüye kullanımlarla karşılaşılıyordu. Yargıtay ise, konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında muvazaa (BK. 18) ve kanuna karşı hile vs. kurumlarından hareketle kötüye kullanım olgularının önüne set çekmeye çalışıyordu ve burada belli ölçüde başarılı ve istikrarlı bir tutum izlediği söylenebilirdi<sup>4</sup>. Gerçekten de Yargıtay, alt işveren işçisinin işe alınması, seçimi, işten atılması ve çalışırken talimatlarla yönlendirilmesi vs. konularında asıl işverenin fiilen veya aradaki sözleşmeye göre yetkili olduğu hallerde alt işverenliği muvazaa nedeniyle geçersiz sayarak işçinin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceğini belirtiyordu<sup>5</sup>. Uyuşmazlık konusu olan ve 1475 sayılı İşK. döneminde başlayan olaydaki ilişkide bu yönden muvazaalı bir durum olduğuna aşağıda değineceğiz.

### **C. 4857 Sayılı İşK. Dönemi:**

1475 sy İşK. döneminde yaşanan anılan yargısal engelleme de sürekli olacağı söylenemezdi ve alt işverenlikle ilgili sorunlara kanunen çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı. İşte yeni İş Kanunu hazırlanırken Bilim Komisyonu<sup>6</sup> ve Hükümet Taslağında alt işverenlikle ilgili konular da ele alınarak açık düzenleme yoluna gidilmişti. Yasa Tasarısı TBMM’de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetle alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama (başarılı gözükmeyen anlam tarzı yüzünden) eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir (İş K. 2/6, 7)<sup>7</sup>. Kimi aksaklıklar içerip çeşitli tartışmalara yol açan bu hükme 01.07.2006 tarih

ve 5538 sy. Kanun ile 12.07.2006'dan itibaren iki yeni fıkra daha eklenerek kamu sektöründeki alt işverenlikte yaşanan bazı hukuka aykırı olgulara sanki prim verilmek istenmiş gibi gözükmektedir (İş K. 2/8, 9)<sup>8</sup>. Fakat bu yasal değişikliğin kamu kesiminde yaşanan alt işverenliklerde muvazaa konusunda özel kesime nazaran herhangi bir farklılığa yol açmadığı bizzat Yargıtay'ca dile getirilmektedir<sup>9</sup>. Nitekim bu incelemeye esas olayda yerel mahkeme kararını bozan 9. HD.'nin 19.02.2009 tarihli kararında da aynı eğilim sürdürülmektedir. Ancak alt işverenlikte yaşanan gelişmeler bununla sınırlı kalmamış, 26.05.2008'de 15.05.2008 tarih ve 5763 sy Kanun'la işyerini bildirme yükümü getiren İşK. 3'te değişikliğe gidilerek alt işverenlikle ilgili önemli hükümler getirilmiş ve ardından Alt İşverenlik Yönetmeliği (AİY) adıyla bir yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe konmuştur<sup>10</sup>. Bu son değişiklikler incelendiğinde sade-

sında kurulan ilişki" biçiminde uzun bir tanıma bağlamıştır (İş K. 2/6). AİY.'deki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden de aynı sonuca varılabilir (AİY. 3, 4). Yalnız AİY. alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını öngörmektedir (AİY. 3/b, 9). Keza İşK. 3/2'nin 5763 sy Kanunla değişik halinde de yazılı alt işverenlik sözleşmesinden söz edilmektedir. Öğretide bunun bir geçerlilik şekli olduğu yönünde görüşler vardır<sup>11</sup> ama kişisel düşüncemiz, anılan şeklin ispata yönelik bir anlam taşıdığı ve geçerlilik şekli sayılamayacağı yönündedir. Kısaca açılmak istenirse, alt işverenlik ilişkisinde yukarıda verdiğimiz tanımda, kendi yürüttüğü işin (asıl işin) bir bölümünü veya yardımcı işlerinde başka bir işverene iş veren birisinin (asıl işveren) ve ondan bu alanda belli gerekçelerle iş alıp kendi işçileriyle bağımsız biçimde yapmayı üstlenen diğer bir işverenin (alt işveren) ve bunun sırf bu işe özgüleyerek çalıştırdığı iş-

## Asıl işveren; kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir.

ce bildirimle değil alt işverenliğin esasıyla da ilgili önemli açılımlara yol açabilecek nitelikte oldukları görülür.

İşte Yasanın ve Yönetmeliğin bu hükümlerini dikkate aldığımızda alt işveren ilişkisi ve tarafları hakkında şunlar söylenebilir:

Kanunun bazen asıl işveren-alt işveren ilişkisi diye andığı (İşK. 2/6, 3; AİY. 3 vd.) ve fakat bazen de bizim gibi alt işveren ilişkisi diye dile getirdiği alt işveren ilişkisi, kısaca asıl işverenle alt işveren arasında alt işverenlik sözleşmesiyle kurulan hukuki ilişki olarak anılabilir. Yasa bunu, bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren ara-

çilerin (alt işveren işçileri) bulunduğu görülür. Dolayısıyla işin personel istihdamında esneklik içinde yaptırılmasını öngören üçlü bir ilişki yahut iş hukukuna ait bir üçlü ilişkinin varlığı göze çarpar<sup>12</sup>.

Bu üçlü ilişki iş hukukuna ait diğer benzer üçlü ilişkilerden kimi yönleriyle farklılık taşımaktadır ama bunları ayrıntılı olarak burada ele almayacak, ilgili yapıtlara yollama ile yetineceğiz<sup>13</sup>. Alt işverenlik ilişkisi asla bir iş sözleşmesi ilişkisi değildir. Sınırlayıcı olmamakla birlikte çoğu kez bir eser sözleşmesi yahut kira veya taşıma sözleşmesi vb. şeklinde karşımıza çıkar. Hatta işyerinin (her halde) kısmen devri biçiminde de görülebileceği ileri sürülür.

Bu arada alt işverenlik sözleşmesi hakkında da bazı bilgiler vermenin yararlı olacağını düşünüyoruz. Belirtilsin ki, alt işverenlik sözleşmesi Yasada tanımlanmamıştır ama Yönetmeliğin il-



gili hükümleri dikkate alındığında bunun; “asıl işverenle alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve işin üstlenilmesi bağlamında AİY. 10’da sayılan hususları içeren sözleşme”yi anlattığı söylenebilir (AİY.9). Yönetmeliğin 10. maddesine bakıldığında 11 bent halinde olgular içeren bir fıkra (AİY. 10/1) ile ayrıca bir başka fıkranın (AİY. 10/2) yer aldığı görülür. Bunlarda sayılanları tek tek ele almaya kalkarsak, aslında çoğunun Yasadaki esasın lüzumsuz bir tekrarı ve laf kalabalığından öteye anlam ifade etmediği söylenebilir. Bununla birlikte anılan hükümleri ayrı ayrı değerlendirmeye kalkıştığımızda 4857 sayılı İşK. bakımından şöyle bir tablo ile karşılaşırız;

Ancak, burada kısaca alt işveren ilişkisinin tarafları hakkında da bilgi vermek gerekir. Bu bağlamda, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi kavramlarına değinilmelidir.

Asıl işveren; kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir. Bunun gerçek veya tüzel kişi olması gibi özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi olması da mümkündür. Hatta kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu dahi olabilir. Yalnız işin tümünü vermemesi gerekir. Nitekim AİY.’de de “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” asıl işveren olarak tanımlanmıştır (AİY. 3/ç).

Alt işveren ise; Yasaya göre; “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”dir (İşK. 2/6). Oldukça uzun bu yasal tanımla paralel bir tanıma AİY.’de de yer verilmiştir (AİY. 3/a). Anılan Yasa ve Yönetmelikteki düzenlemenin anlam ve içeriğine ileride yer yer değineceğiz fakat daha kısa ve anlaşılır

bir tanım vermek gerekirse, alt işveren; “başka bir (asıl) işverenden belli gerekçelerle iş alan ve bu işi sırf oraya özgülediği işçilerine yaptıran bağımsız diğer bir işveren”dir. Alt işveren işi kendi yapmaz, onun ifa yardımcılarını kullanarak niteleyebileceğimiz kendi işçileri ile yerine getirmeyi üstlenir. Bunun da gerçek yahut tüzel kişi veya kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu olması mümkündür<sup>14</sup>.

Alt işveren işçilerine gelince; alt işverenin asıl işverenden aldığı işte oraya özgülenmiş biçimde çalıştırdığı işçilerdir. Bunlar yalnızca bir gerçek kişi olabilir ve sadece alt işverenle hizmet sözleşmesi (iş ilişkisi) içinde bulunurlar. Bu yüzden de onların kimler olacağı, sayısı ve onların seçilip işe alınması, denenmesi, tüm iş koşullarının, cezalandırımı ve işten atılması vs.’nin onların gerçek işvereni olan alt işverence belirlenmesi gerekir. Bu konularda asıl işverenin herhangi bir yetkisi olamaz.

#### **D. Alt İşveren İlişkisinin Gerçekleşme Koşulları:**

Yasada net biçimde ifade edilmese de Alt İşverenlik Yönetmeliği alt işveren ilişkisinin doğumu için bazı koşulların varlığından söz etmektedir (AİY.4) ve öğretilerde de buna dair açıklamaların yapıldığı görülmektedir. İşte tüm bunlar dikkate alındığında, alt işverenlik ilişkisinin gerçekleşebilmesi için şu koşulların sağlanması gerekir.

##### **1. Kendisi de İşçi Çalıştıran Bir İşveren Bulunmalıdır.**

Alt işverenlik, asıl işverene nazaran anlaşılabilir bir kavram olduğundan, alt işverene işyerinde iş veren bir işverenin bulunması gerekir. İşte buna asıl işveren adı verilir. Bir kimsenin asıl işveren sıfatını edinebilmesi için, alt işverene verdiği iş vesilesiyle işveren niteliği taşıması, kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir. Hiç işveren sıfatı bulunmadan (örneğin bir memurun arsasına inşaat işini bir müteahhide vermesi) yahut alt işverene verdiği iş değil de başka bir iş vesilesiyle işveren sıfatı taşıyan (örneğin bir fabrikatörün dokuma fabrikasına ek bina inşaatı işini bir müteahhide vermesi gibi) kimsenin asıl işveren niteliği yoktur. Kısacası, asıl işverenin işveren sıfatının, bir

kısmını alt işverene verdiği asıl işin geri kalan kısmında yahut alt işverenlik yardımcı işlerde yaşıyorsa bunun dışındaki alanda kendi adına işçi çalıştırmadan kaynaklanması zorunludur. Nitekim Yönetmeliğin “asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır” biçiminde dile getirdiği husus (AİY. 4/a) budur. Yargıtay’ın 1475 sayılı İşK. dönemindeki uygulamasının da bu yönde olduğu ve yeni İşK. çerçevesinde de geçerlilik taşıdığı belirtilmelidir. Gerçekten de işi anahtar teslimi verenin veya işi bölümlere ayırarak her bölümü bir başka müteahhide veren ve kendisi bu işte işçi çalıştırmayan kimsenin (iş sahibinin) asıl işveren olarak kabulü günümüzde de mümkün değildir<sup>15</sup>.

Ancak, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, onun kamu veya özel kesim işvereni olması fark etmediği (AİY. 3/ç) gibi, alt işveren(ler)e verdiği işlerin kalan kısmında çalıştırdığı işçilerin sayısı da ilke olarak önemli değildir.

Yine değinilecek bir husus; bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işin asıl sahibi olmasının gerekmediğidir.

Uyuşmazlık konusu olayda davalı E.Ü. A.Ş.’nin kömürden elektrik üretimi yapılan Seyitömer İşletmesinde, işletmenin elek-değirmen vs. bakımının taşeronlara verildiği ve geri kalan bölümlerde E.Ü. A.Ş.’nin halen kendi işçilerini çalıştırdığı ve onlara karşı bu iş nedeniyle işveren sıfatı taşıdığı tartışmasızdır ve o halde alt işverenlik için bu koşulun olayda gerçekleştiği söylenebilir.

## **2. Bir Başkası Bu İşverenden Belli Nedenlerle İş Almalıdır.**

Alt işveren ilişkisinin bir diğer koşulu, yukarıda sunulan (asıl) işverenden başka bir kimsenin kendi adına yapmak üzere, belli nedenlerle iş almasıdır. Yasanın “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 ...” diye değindiği (İşK. 2/6) bu kişi “alt işveren” diye anılır. Aynı yönde bir tanıma AİY.’de de

yer verilmiştir (AİY. 3/a). O halde, alt işveren ilişkisinin gerçekleşebilmesi için, alt işveren diye anılan bir kimsenin asıl işverenden yukarıda kısaca belirtilen özelliklere sahip iş alması gerekmektedir.

1475 sy. İşK. döneminde asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklenmelerinde serbestçe iş alınabilirken, 4857 sayılı İşK.’nın bu keyfilik ve serbestlik sisteminden ayrıldığı görülmektedir. Öyle ki, yeni Yasa ve Yönetmelik incelendiğinde, asıl işverenden alınacak işin ya “asıl işin bir bölümünde” veya “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde” olması gerektiği görülür. Şüphesiz asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren teknik amaca (üretim) yönelik faaliyetlerdir. Nitekim Yönetmelikten evvel yaptığımız bu tanımın Yönetmeliğe de yansıdığı söylenebilir. Öyle ki, Yönetmeliğe göre de asıl iş; mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işler (AİY. 3/c). Örneğin bir buzdolabı fabrikasındaki asıl iş, buzdolabı üretimi; bir oteldeki asıl iş konuklarına konaklama vs. hizmetler sunumudur. PTT’nin posta dağıtım hizmeti de böyledir<sup>16</sup>. İşte işyerine gerçek karakterini veren bu işin içinde yer alan ve tek başına bile yapılabilir nitelik taşıyan prosedür alanına ise “asıl işin bölümü” (bölümleri) denilebilir. Eğer asıl iş zaten tek bir süreçten ibaret olup da bu yüzden üretim bütünlüğünü bozmadan bölünemiyorsa, bunun parçalanarak alt işverene verilmesinden söz edilemez. Zira Yasanın amacı; işyerinin asıl/genel üretim prosedürünü bozmadan, bağımsız yürütülebilecek birimlerinde alt işverenlere iş verilip geri kalanında asıl işverenin üretimi sürdürübilmesidir. Yoksa, asıl işin az çok bağımsız yürütülebilir süreçlere ayrılmadığı hallerde bunun keyfi bölümü yoluyla alt işverenlik oluşturulamaz. Buradaki bağımsızlık, asıl işin (geri kalan kısımlar anlamını kaybetmeden) bölünebilirliğine ve ayrı bir işverence yürütülebilirliğine yöneliktir. Yoksa, alt işverene verilen iş de asıl işin bir bölümü olduğuna göre, asıl iş ile zorunlu bağlantısı kendiliğinden anlaşılır. Asıl işle ilgisiz bir faaliyeti onun bir bölümü saymak düşünülemez<sup>17</sup>.

Asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesi için Yasa önemli bir özellik aramak-

tadır. Gerçekten Yasa, asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesini “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkün görmekte (İŞK. 2/6) ve bunu bir başka fıkrada “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” diyerek tekrarlayıp vurgulamaktadır (İŞK. 2/7). Aynı yönde hükümlere Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde de rastlanmaktadır (AİY. 3-5, 10 vd.). Bunlar, Yasa Tasarısının ilgili maddesinin TBMM’de ikinci kez görüşülmesi sırasında maddeye eklenerek yasalasmıştır. Anılan hüküm maddeye eklenirken “İşletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir.” biçiminde gerekçelendirilmiştir.

Gerçekten de anılan hüküm, 1475 sayılı İŞK.

tiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” denilmektedir. Maddenin amacı da dikkate alınırca bu ifadede de yer alan “ile” sözcüğünü “olarak” biçiminde değerlendirmeli ve böylece asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için, bunun “işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olması gerekir<sup>20</sup>. Nitekim Yargıtay’a göre de “anılan düzenlemede baskın öge, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği, ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacak (tır) ...”<sup>21</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere, bize de isabetli geleni; asıl işin bir bölümünün ancak işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekçesiyle alt işverene verilebileceği, aksi halde

## Bir işyerinin asıl ve yan işinin ne olduğu, her bir işyeri için farklılık gösterebileceğinden, her bir somut işyeri için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

dönemindeki keyfi alt işverenliğe sınır çizmek amacıyla getirilmiştir. Ancak, bunda ne ölçüde başarılı olduğu tartışmaya açıktır. Zira hükmün Türkçe açısından pek de başarılı olduğu söylenecek kaleme alınmış tarzı, ona verilecek anlamın/içeriğinin ne olacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır<sup>18</sup>. Öyle ki; bu konuda savunulan bir anlayışa göre, asıl işin bir bölümünde geçerli bir alt işverenliğin oluşabilmesi ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkündür. Buradaki cümle bir bütün olarak algılanmalı ve sadece işletme gereği yahut sadece işin gereği veya yalnızca teknolojik uzmanlık nedeniyle asıl işin bir bölümü alt işverene verilememelidir<sup>19</sup>. Pek başarılı olmasa da, Yasada kullanılan “ve” ile “ile” bağlacı bunun bütünlük içinde anlaşılmasını gerektirir. Çünkü, Yasada açıkça “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerek-

alt işverenliğin geçersiz olacağıdır. Yargıtay’ın da bu yönde kararları olduğu<sup>22</sup>, hatta incelemeye çalıştığımız bu kararında da bunu tekrarladığı belirtilmelidir. Bu tartışmalardan sonra çıkarılan AİY.’de yukarıda belirtildiği üzere bu anlayışı yansıtır bir ifadeye sahiptir (AİY. 11/3). Gerçekten de anılan hükme göre, “asıl iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilir” (AİY. 11/3). Hatta yönetmelik daha da ileri giderek işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin ne olduğunu da tanımlamaktadır. Buna göre, işletmenin 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 iş”tir (AİY. 11/1).

Önemli bir husus, Yasadaki şartların (anlatımı isabetli olmasa da) özel/kamusal ve bildirim yükümü olan olmayan bütün alt işverenliklerde uygulanacağıdır.

Yardımcı işlere gelince; “yardımcı iş”in ne olduğu Yasada düzenlenmiş değildir ama Kanun Tasarısı TBMM’de görüşülürken alt işverenle ilgili maddeye ilişkin verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde örneklerle bu kavrama açıklık getirilmiştir. Bu gerekçeye göre yardımcı işler; “...doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin” (yardımcı işler...)dir. Öğretide de kavramı böyle anlayanlar bulunduğu gibi bunun yetersizliğini dile getirenler de vardır. Öyle ki, bir anlayışa göre, asıl iş-yardımcı iş kavramı belirlenirken o işin doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almadığı ölçüt olarak alınabilecektir. Keza bir işin yardımcı iş sayılıp sayılmamasında “işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı” da ölçüt olarak düşünülebilir. Bu bağlamda üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi (hijyen ve verim gibi nedenlerle) asıl işi ne derece tamamlayıp asıl işin yapım sürecine ne ölçüde katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyorsa, bir çatı onarım işi de (çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre) yardımcı iş sayılmalıdır. Alt İşverenlik Yönetmeliği’ne göre ise yardımcı iş; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi anlatır (AİY. 3/g). Kanımca yardımcı iş, ilgili asıl işverenin gerçek üretim sürecinde yer almayan ama onu ve onda çalışan personelin kimi ihtiyaçlarının tatminini hedefleyen, asıl işle bağlantılı, yan-destekleyici nitelikteki faaliyetlerdir. Bunun alt işverene verilebilmesi için, işletme ve işin gereği yahut teknolojik uzmanlık gerektirmesi aranmaz<sup>23</sup>.

Yukarıda da dile getirildiği gibi, bir işyerinin asıl ve yan işinin ne olduğu, her bir işyeri için farklılık gösterebileceğinden, her bir somut

işyeri için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda örneğin temizlik işi genelde işletmelerin yardımcı işi olarak algılanır<sup>24</sup>. Fakat bir belediye için aynı şey söylenemez. Zira temizlik işleri belediyelerin asıl işlerindedir<sup>25</sup> ve bu yüzden de asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi koşullarına tabidir<sup>26</sup>.

Uyuşmazlık konusu olayda davacının da çalıştırıldığı ve alt işverene verilen değirmen-elek bakımı-transfor gibi işlerin ne olacağına gelince, bunun tespiti de önemlidir. Yukarıda da değinildiği üzere, E.Ü. A.Ş.-Seyitömer Termik Santrali İşletmesi’nin nihai işinin kömürden elektrik üretimi olduğu ve fakat bunun sadece elektrik üretim birimleri ve orada yapılan işlerle sınırlı bulunmadığı; elektrik üretimi işinin birbiri içine geçmiş birçok süreçten oluştuğu; bu bağlamda kömürün santrale kadar raylı vs. sistemle getirildiği, sonra elek ve değirmende parçalara ayrılarak uygun olanların transfor sistemine gönderildiği ve diğer işlemlerle tamamlanarak elektrik enerjisi üretildiği görülmektedir. Değirmen ve elekler tüm üretim boyunca faaliyettir ve sırayla ama sürekli bakıma alınmaktadır. Değirmen-elek ve transfor bakımı işini aslında davalı E.Ü. A.Ş. işçilerinin yaptığı ve taşeron işçilerine işbaşı eğitimi ve denemenin bile yine davalı E.Ü. A.Ş. personeline verildiği/uygulandığı, hatta halen E.Ü. A.Ş.’ye ait birkaç personelin bu işlerdeki çalışanları denetleyip onlarla birlikte ve sürekli aynı departmanda bulunup faaliyet gösterdiği dile getirilmiştir. Ayrıca bizzat firma yetkililerinin dosyadaki beyanı ve hizmet alım sözleşmeleriyle teknik şartnamedeki ifadelerden, bakım için gerekli tüm araç-gereç ve malzemelerin asıl işveren E.Ü. A.Ş. tarafından sağlandığı ve ihaleyi kazanan taşeronla işçileriyle birlikte teslim edildiği anlaşılmaktadır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, elek-değirmen bakımı kısmının, tartışılrsa da elektrik üretimi içinde yer aldığını söylemenin mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Ancak bu durumda, diğer olgular bir yana, işyerine ve işletmeye ait gerekler ile uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin taşeronlara verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü taşeron işçileri denilen kişilerin o konuda önceden bilgisi olmadığı gibi, taşeronların yeterli ekipman ve uzmanlığı



da mevcut gözükmemektedir.

\*Alt işverene verilen işte alt işveren işçileri yanında asıl işveren işçilerinin de çalışmasının mümkün olup olmadığı da önemli bir konudur fakat öğretilerde tartışmalıdır.

Bu konudaki bir anlayışa göre, (asıl işin bir bölümü - yardımcı iş ayırımı yapılmadan) alt işverene verilen işte artık asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmaması alt işverenlik için zorunlu bir unsurdur. Aksi halde alt işverenlik oluşmaz<sup>27</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu ile ilgili hazırlanan Hükümet Taslağının ilgili madde gerekçesinde de bu anlayışla paralel olarak şöyle denilmektedir; "... bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence diğer kısmınınsa alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkân vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır"<sup>28</sup>.

Ancak öğretilerde, anılan gerekçenin böyle bir sonucu sağlamaya yetmeyeceği, zira Yasada bu anlama gelecek bir ifadenin kullanılmadığı da belirtilmektedir. Bu anlayışa göre, maddede sadece asıl işin bir bölümünde iş almaktan söz edilmiş, o bölümde artık hiç asıl işveren işçisi çalıştırılmayacağından söz edilmediği gibi, yorum yoluyla da böyle bir sonuca gidilmesi mümkün değildir.

Aslında Yasa metnini incelediğimizde, gerçekten böylesi bir olgunun açıkça yasaklandığı söylenemez. Fakat asıl işin bir bölümünün ancak işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle "uzmanlık gerektiren işlerde" alt işverene verilebileceğinden söz eden metnin (İşK. 2/6, 7) madde gerekçesiyle birlikte değerlendirimi bizi belli bir noktaya götürebilir. Zira, madem ki bu iş uzmanlık nedeniyle yani asıl işverenin bu konuda uzmanlığı bulunmadığı gerekçesiyle verilmektedir, o halde işi alan uzman kuruluşun bunu kendi uzman elemanlarıyla yapmasını beklemek doğaldır. Eğer asıl işverenin elinde bu işi yapabilecek yeterliliğe sahip uzman elemanlar varsa, bu işin alt işverene gerçekten uzmanlık nedeniyle verildiği söylenebilir mi? Bu yüzden, biz, asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakıldığı hallerde artık bu işte asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmamasının uygun

düşeceği kanısındayız<sup>29</sup>. Aksi halde anılan işçiler de sözde alt işverenin değil asıl işverenin işçisi sayılırlar<sup>30</sup>.

### **3. İş alan kişi daba önce o işyerinde çalışmamış olmalıdır.**

Bunun incelediğimiz karara konu olayla ilgisi olmadığından üzerinde durmuyoruz<sup>31</sup>.

### **4. İş alan kişi işçilerini buraya özgülenmiş biçimde ve asıl işverenin iş organizasyonu içinde çalıştırmalıdır.**

Öğretilerde bizim de katıldığımız anlayışa göre, alt işveren asıl işverenden aldığı asıl işin bir bölümü veya yardımcı işi, asıl işverenin işyerinden ve iş organizasyonundan ayrı bir yerde yapamaz. Yaparsa, bu ilişki alt işverenlik olmaz. İşte Yönetmeliğin bu hükmü de anılan açılımı desteklercesine, alt işverenin asıl işverenden aldığı işi asıl işverenin işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceğinin sözleşmede belirtilmesini aramaktadır. Fakat bunun da resmi makamları vs. bağlayıcı bir yanı yoktur. Sorun çıkarsa, sözleşmede belirtilen yerde değil, inandırıcı biçimde kanıtlanan yerde alt işverenin iş yaptığı kabul edilir<sup>32</sup>. İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararına konu olayda da ihaleyi kim alırsa alsın işçilerin hep asıl işverenin iş verdiği bölümde/birimde çalıştırıldığı iddia edilmiş olduğu gibi dosyadaki veriler de bu yönde olup, zaten aksini iddia eden de yoktur. O halde alt işverenlik için aranan bu koşul olayımızda zaten gerçekleşmiş olduğundan üzerinde durmuyoruz.

### **5. Nihayette son bir koşul, Yargıtay'ın da belirttiği gibi alt işverenliğin muvazaalı olmaması da gerekir.**

Bu son koşulun olayımızda önemli bir yeri bulunduğu, aşağıda alt işveren ilişkisinin geçersizliği ve muvazaa başlığı altında üzerinde özel ve ayrıntılı olarak durulacaktır.

### **E. Alt işveren ilişkisinin geçersizliği ve muvazaa durumu**

Alt işveren ilişkisi de karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşan bir hukuki ilişki (hukuki işlem/sözleşme) olduğundan



geçerlilik bakımından genel olarak hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarına tabidir (BK. 19 vd.). Bu çerçevede alt işverenliğe yönelik irade açıklamalarının sağlıklı olması (BK. 23-31), konunun genel ahlaka ve kamu düzenine vs. aykırılık ile muvazaa (BK. 18) taşımaması ve imkânsız bulunmaması gerekir (BK. 19-20). Keza ilişkide gabin (sömürü) bulunmaması da böyledir. Şüphesiz tüm bunlar genel geçerlilik nedenleridir ve bu çalışmanın konusunu oluşturmazlar. Buna karşın, yine genel geçerlilik koşulları çerçevesinde “emredici hukuk kurallarına aykırılık” (BK. 19-20) ve “muvazaa” (BK. 18) olguları da sayılmakla birlikte bunların alt işveren ilişkisinde gösterdiği özellikler nedeniyle ayrıca incelenmesi gerekir. Buna göre;

### **1. Emredici hukuk kurallarına aykırılık ve muvazaa**

Alt işveren ilişkisinin, özel olarak getirilmiş emredici hukuk kurallarına aykırılık nedenleri, daha doğrusu muvazaa dışı özel geçersizlik nedenlerinin bulunup bulunmadığı ve varsa nelerden ibaret olduğu konusu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir anlayış, “alt işveren olacak kişinin iş aldığı bu yerde daha önce çalışmış bulunması” ile “asıl işverenin işçilerini daha düşük koşullarla işe alarak çalıştırmaya devam ettirmek” ve “gerekli şartları (uzmanlık vs.) taşımadan asıl işin bir bölümünde iş almak” ile “işletme ve işyerine ait gerekler ile uzmanlık koşulu olmadan asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi” hallerini muvazaa dışı özel geçersizlik nedenleri olarak algılamaktadır, denilebilir<sup>33</sup>. Ancak incelediğimiz Yargıtay kararında ve hatta AİY’de de bu haller birer muvazaa karinesi olarak kabul edilmiştir. Aslında doğuracağı sonuç itibarıyla iki anlayış arasında pek fark yoktur ve ikisinde de anılan koşullar gerçekleşmeden yaşanan alt işverenliğin geçersiz sayılarak alt işveren işçilerinin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kabul edilir. Bunu zaten Yasa ve Yönetmelik açıkça dile getirmektedir. Fark sadece ispat bakımından mevcuttur denilebilir.

### **2. Alt işverenliğin muvazaah (danışıklı) olması**

Bilindiği üzere muvazaa “bir hukuki ilişki

(sözleşme) taraflarının dışarıya karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine (göstermelerine) rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmak veya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak konusunda anlaşmalarıdır.” Bu bağlamda muvazaa, tarafların açıkladıkları iradeleyle gerçek ve ortak iradeler arasında bilerek - isteyerek (anlaşmayla) meydana getirdikleri uygunsuzluktur. Böyle hallerde uyumsuzluk çıktığında yargıç, tarafların dışarıya yansıttıkları (ama gerçekte istemedikleri) iradelerini değil, gizledikleri gerçek ve ortak iradelerini belirleyip esas alarak sorunu çözer (BK. 18).

Üçüncü kişilerde yanlış kanı uyandırmaya yönelik muvazaaya bir hukuki işlemin hemen her noktasında başvurulabilir. Örneğin ilişkinin niteliği, içeriği ve hatta tarafları bakımından bile muvazaa ile karşılaşmak mümkündür<sup>34</sup>.

Konumuz itibarıyla alt işveren ilişkisinde muvazaa ise daha çok alt işverenliğin görünüşte mi yoksa gerçek mi olduğu bağlamında karşımıza çıkabilmektedir. Nitekim eski dönem uygulamasında sıkça karşılaştığımız bu olguyu (BK. 18 iş hukukunda da geçerli olduğu için) yeni İş Kanunu açıkça dile getirmiştir (İşK. 2/son fıkra). Böylece öğretici çoğunluğunda ve Yargıtay uygulamasında, Yasanın kimi halleri açıkça muvazaa hali saydığı ve bunların özel muvazaa halleri olduğu ve fakat bunlar dışı da genel olarak BK. 18 bağlamında muvazaa hallerinin de olabileceği, ama her iki halde de yaptırımın aynı olduğu, alt işverenliğin geçersiz sayılacağı ve işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği kabul edilmektedir. Ayrıca Yasa bununla da yetinmeyerek, 5763 sy Kanunla İşK. 3’de yapılan değişiklik ve eklemelerle, işyerinin bildirim ve tescili bağlamında da olsa, sonraki aşamalar için de geçerli olacak şekilde, alt işverenlik ilişkisindeki muvazaa olgusuyla ilgili hem özel bir prosedür öngörmüş ve hem de AİY.’nin çıkarılmasına dayanak hüküm getirmiş ve buna uygun olarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ise, açıkça muvazaa hallerinden söz eden düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Öğretide anılan hallerin birer muvazaa durumunu anlattığını kabul edenler olduğu gibi, burada muvazaa yerine “kanuna karşı hile”den söz edenler de vardır<sup>35</sup>. Oysa

bize göre, Yasa hiçbir yerinde muvazaa oluşturan halleri saymamış ve muvazaa örneği dahi vermemiştir. İşK. 2/6, 7'de dile getirilen durumlar muvazaa değil, birer kanuna/hukuka aykırılık halleridir. Yasa, muvazaa olgusunu BK'ya bırakmış ama hem muvazaa halinde ve hem de saydığı hukuka aykırılık hallerinde yaptırımın aynı olacağını, yani alt işverenlik geçersiz sayılarak işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceğini belirtmiştir.

Bu tartışmayı böylece noktaldıktan sonra, alt işveren ilişkisinin muvazaalılığı konusunda<sup>36</sup> şunları söyleyebiliriz;

İşK. 3'de 5763 sayılı Kanunla 2008'de yapılan değişiklik sonrası çıkarılan AİY. alt işverenlik ilişkisine yönelik olarak muvazaa ismini de anarak bazı hükümler getirmiştir ve öncelikle bunların incelenmesi gerekir. Bu bağlamda şunlar söylenebilir.

Yönetmelik her şeyden önce muvazaayı; “işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini” (AİY. 3/1-g-1), “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini” (AİY. 3/1-g-2), “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini” (AİY. 3/1-g-3) 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” ihtiva eden sözleşme biçiminde tanımlamıştır (AİY. 3/1-g-4). Ancak burada sadece alt işverenlikte muvazaayı tanımlamakla kalmayıp, aynı zamanda bu ilişkinin muvazaalı olduğu kabul edilecek halleri de 4 bent halinde saymıştır. AİY. 12 hükmünü de dikkate alırsak, bunlara AİY. bakımından aksi iddia ve ispatlanabilen birer “muvazaa karinesi” mi yoksa aksi iddia ve ispat edilemeyen “muvazaa faraziyesi” halleri mi denileceği tartışılabilir. Öğretide bunlar aksi iddia ve ispat edilebilen karine olarak kabul edilmektedir<sup>37</sup>. AİY. bununla da kalmayıp iş müfettişince yapılacak incelemede muvazaa bulunup bulunmadığına götürmeye yarayacak emarelerden de söz etmiştir (AİY. 12). Tüm bu

konularda şöyle bir sıra içinde açıklama yapılabilir:

Bir kere gerçek bir alt işverenlik ilişkisinde alt işveren işçilerinin kimler olacağına ve tabi tutulacaklarsa eğitimlerine, onların işe alınışı ve iş ilişkisinin devamı boyunca alacakları emir-talimat konusunda ve disiplin cezası ile işten çıkarma vs. konularında tek yetkili onların gerçek işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin bu konularda yetkisi olamaz. Asıl işveren olsa iş güvenliği vs. noktalarında genel nitelikli talimatlar verebilir. Bunlar onun gerçekten asıl işverenden bağımsız bir işveren olduğuna götürecektir ve eğer bir olayda bu yetkilerin tümü veya bazılarının asıl işverence icra edildiği görülürse, ilkinin muvazaalı olduğu ve alt işverenliğin paravan/geçersiz bulunduğu, sözde alt işverenlik gösterilen işçilerinse baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kabul edilir. Bu husus sadece öğretide değil uygulamada Yargıtay'ca da benimsenmektedir.

Alt işverenin aldığı işte kullanacağı iş alet ve malzemelerinin (ekipmanlarının) asıl işverence sağlanması/verilmesinin bir muvazaa oluşturup oluşturmadığı konusuna bizce bir ayırımla yaklaşılmalıdır. Öyle ki, alt işverenlik asıl işin bir bölümünde yaşanıyorsa; bu durumda işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirdiği için alt işverenliğe gidilebileceğinden (İş K. 2/6, AİY. 11/3), uzmanı gözüktüğü iş ile ilgili olarak gerekli asgari ekipmana sahip bulunmayan kişinin nasıl olup da alt işveren sayılacağı sorusuyla karşılaşılır. Bizce böyle hallerde alt işverenliğin muvazaalı olduğu kuvvetle muhtemeldir. Nitekim AİY.'deki muvazaa karinesi olarak anılan hallerden birisinin “alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı” hususunu (AİY. 12/2-ç) bu bağlamda değerlendirmek uygun düşer.

### **3. Geçersizliğin etkisi ve kapsamı**

Alt işverenliğin yukarıda değinilen muvazaalı yahut kesin yasaklar gibi nedenlerle geçersiz olduğu hallerde, aslında bu geçersizlik kesin bir geçersizlik olup, geçersizlik sonucu kendiliğinden gerçekleşir. Kesin geçersiz bir işlemin geçersizliğini ilgili herkes ileri sürebileceği gibi yargıcın da re'sen dikkate alması gerekir. Bu bağlamda alt işverenliğin geçersizliğini sözde

alt işveren işçilerinden her biri ileri sürebileceği gibi o alanda ve işyerinde faaliyet gösteren, özellikle de asıl işverenin işyerindeki TİS'in tarafı olan bir işçi sendikasının ileri sürmesi de mümkündür. Şüphesiz bu ileri sürme bir eda davasında yahut TİS yetkisiyle ilgili itiraz davasında gerçekleşebileceği gibi sırf geçersizliğin tespitine yönelik bir tespit davasında da gündeme getirilebilir.

Alt işverenliğin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu hallerde alt işvereninmiş gibi gösterilen işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği Yasanın buyruğudur (İşK. 2/7) İşte alt işverenliğin geçersizliğine karar verildiğinde sözde alt işverene ait gözüken işçiler asıl işverenin işçisi sayılacağından onun işyerindeki TİS'den yasal yollardan biriyle yararlanacaklardır. Böylece TİS tarafı işçi sendikası da ilgili işçilerden üyelik yahut dayanışma aidatı biçiminde bir ödenti alabilecektir. Keza işçilere yapılan ödemelerde alt işverene nazaran bir farklılık olacağından sendikanın aidat alacağı miktarı da değişebilecektir<sup>38</sup>.

## **F. Somut Olayın Değerlendirmesi:**

Yukarıda sunulan bilgilerden sonra somut olaydaki verilerin değerlendirimi hakkında sunular söylenebilir:

### **1. Alt işverenlik bulunup bulunmadığı bakımından**

Davalı E.Ü. A.Ş. Seyitömer Termik Santrali İşletmesi'nde kömürden elektrik enerjisi üretimi yapılmakta ve bu iş çeşitli bölümlerden oluşmaktadır. Ayrıca burada yine bir takım yardımcı işler de icra edilmektedir.

Davalı E.Ü. A.Ş. Seyitömer İşletmesindeki elek-değirmen-transfor bakımı vs. işlerini davacının da işe başladığını bildirdiği yıllar öncesinden beri ihale yoluyla ve hizmet alımı sözleşmeleriyle çeşitli firmalara vermekte o firmalar aracılığıyla bu işleri yürütmektedir. İhaleyi alan firmalarla yapılan sözleşmeler ve buna ek teknik şartnameler incelendiğinde, ilk ihaleden bu yana aynı içeriğe sahip oldukları; buna göre firmanın işi Seyitömer işletmesinde ve kendi işçileriyle yapacağı, E.Ü. A.Ş. Seyitömer İşletmesinin de işletmenin geri kalan kısımlarında işçi çalıştıran bir işveren olduğu, hatta önceleri

daha çok ama şimdi nispeten az sayıda işletme işçisinin bile ihaleyi alan firmanın işçileriyle aynı departmanda çalışmaya devam ettiği, ihaleyi alanın bağımsız bir işveren gibi gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu durum ise, davalı ile ihaleyi alan firmalar arasında BK. 355 vd. bağlamında bağımsız ve İşK.'dan dışlanan bir alelade eser sözleşmesinin değil, tam tersine, gerek olayların ve davacının çalışmaya başladığı dönemde yürürlükte olan 1475 sy İşK. 1/son fıkra anlamında ve gerekse 10.06.2003'ten beri yürürlükte olan ve bundan itibaren olaya uygulanan 4857 sy İşK. 2/6, 7 anlamında bir alt işverenlik olgusunun ve ilişkisinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla E.Ü. A.Ş.'nin asıl işveren, iş alan müteahhitlerinse alt işveren konumunda düzenlendiği görülür.

### **2. Alt işverenliğin yasaya uygun olup olmadığı yönünden:**

İncelemeye çalıştığımız karara konu olayda İşK. 2 anlamında alt işverenliğin bulunduğunu yukarıda dile getirmiştik. Ancak belirtilmeli ki, bu alt işverenliğin işletmenin hangi tür işinde gerçekleştirilmek istendiği ve yaşandığı, olayların başlangıcındaki 1475 sy İşK. açısından önemsizken, olaya sonradan uygulanan 4857 sy İşK. bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira yeni Yasa (1475 sy İşK.'dan farklı olarak) alt işverenlere asıl işin bir bölümünde iş vermeyle yardımcı işlerde iş vermeyi farklı koşullara bağlamıştır. Öyle ki, asıl işin bir bölümünde iş ancak işyeri ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerektirme koşullarının tümü birlikte gerçekleşip verilirse geçerli olacak, aksi halde (baskın eğilime ve AİY'ye göre) muvazalı sayılarak sözde alt işveren işçileri orada işe başladıkları ilk günden beri asıl işverenin işçisi olarak işlem görecektir (İşK. 2/7).

İşte bu bağlamda uyuşmazlık konusu olaya bakıldığında; davacının da çalıştırıldığı ve alt işverene verilen değirmen-elek bakımı-transfor gibi işlerin ne olacağına gelince, bunun tespiti de önemlidir. Yukarıda da değinildiği üzere, E.Ü. A.Ş.-Seyitömer Termik Santrali İşletmesi'nin nihai işinin kömürden elektrik üretimi olduğu ve fakat bunun sadece elektrik üretim birimleri ve orada yapılan işlerle sınırlı bulunmadığı; elektrik üretimi işinin birbiri içine geçmiş bir-

çok süreçten oluştuğu bu bağlamda kömürün santrale kadar raylı vs. sistemle getirildiği, sonra elek ve değirmende parçalara ayrılarak uygun olanların transfor sistemine gönderildiği ve diğer işlemlerle tamamlanarak elektrik enerjisi üretildiği görülmektedir. Değirmen ve elekler tüm üretim boyunca faaliyettedir ve sırayla ama sürekli bakıma alınmaktadır. Değirmen–elek ve transfor bakımını zaten aslında davalı E.Ü. A.Ş. işçilerinin yaptığı ve taşeron işçilerine iş-başı eğitimi ve denemenin bile yine davalı E.Ü. A.Ş. personeline verildiği/uygulandığı anlaşılmaktadır. Hatta halen E.Ü. A.Ş.'ye ait birkaç personelin bu işlerdeki çalışanları denetleyip onlarla birlikte ve sürekli aynı departmanda bulunup faaliyet gösterdiği dile getirilmiştir<sup>39</sup>. Ayrıca bizzat firma yetkililerinin beyanı ve hizmet alım sözleşmeleriyle teknik şartnamedeki ifadelerden, bakım için gerekli tüm araç-gereç ve malzemelerin asıl işveren E.Ü. A.Ş. tarafından sağlandığı ve ihaleyi kazanan taşerona işçileriyle birlikte teslim edildiği anlaşılmaktadır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, tartışılabilir de elek-değirmen bakımı kısmının elektrik üretimi içinde yer aldığını söylemenin mümkün olabileceği akla gelmektedir. Uygulamada bir kararda belediyenin makine ikmal ve bakım-onarım işinin onun asıl işlerinden olduğu kabul edilmiştir<sup>40</sup>. Durum böyle olunca da, diğer olgular bir yana, işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin alt işverenlere verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü İşK. 2/6 anlamında uzmanlık gerektiren iş “işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir” (AİY. 11/1). Oysa dava konusu olayda taşeron işçileri denilen kişilerin o konuda önceden bilgisi olmadığı gibi, taşeronların yeterli ekipman ve uzmanlığı da mevcut gözükmemektedir. Tam tersine E.Ü. A.Ş.'nin ihaleyi alanlardan daha uzman ve donanımlı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun doğal sonucuysa alt işverenliğin (Yargıtay ve baskın eğilime göre) muvazaalı ve (bize göre ise hukuka aykırılık nedeniyle) geçersiz, işçilerinse baştan beri asıl işveren işçisi sayılacağıdır (İşK. 2/7). Nitekim uygulama da böyledir<sup>41</sup>. Ancak bir an için anılan işlerin yardımcı işlerden

sayıldığı düşünülse bile, diğer geçerlilik koşullarının gerçekleşmediği aşağıda görülecektir. Yani yardımcı iş sayılsa bile alt işverenlik geçersiz denilebilecektir.

**3. Oysa ister eski yasa döneminde olsun, istenirse de yeni yasa döneminde bulunsun, alt işverenliğin muvazaalı içermemesi ve bir şekilde geçersiz olmaması da geçerli bir alt işverenliğin koşuludur.**

Buna göre; gerçek bir alt işverenlik ilişkisinde alt işveren işçilerinin kimler olacağına ve tabii tutulacaklarsa eğitimlerine, onların işe alınışı ve iş ilişkisinin devamı boyunca alacakları emir-talimat konusunda ve disiplin cezası ile işten çıkarma vs. konularında tek yetkili onların gerçek işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin bu konularda yetkisi olamaz. Asıl işveren olsa olsa iş güvenliği vs. noktalarında genel nitelikli talimatlar verebilir. Bunlar onun gerçekten asıl işverenden bağımsız bir işveren olduğuna götürecektir olgular ve eğer bir olayda bu yetkilerin tümü veya bazılarının asıl işverence icra edildiği görülürse, ilişkinin muvazaalı olduğu ve alt işverenliğin paravan/geçersiz bulunduğu, sözde alt işvereninmiş gibi gösterilen işçilerinse baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kabul edilir. Bu husus sadece öğretilerde değil uygulamada Yargıtay'ca da benimsenmektedir. Oysa önceden de maddeler halinde sıralandığı üzere<sup>42</sup>, ihaleyi alan firmanın burada kaç işçi çalıştıracağı, işçi sayısının gerekirse davalı işletmece değiştirilebileceği, işçilerin davalı yetkililerince işten atılabileceği, işbaşı eğitimi ve denemenin bile davalı işletmece yapılacağı, bu işlerde kullanılacak araç-alet ve malzemenin davalı işletme tarafından sağlanacağı, firma işçilerinin puantajlarının bile davalı işletme elemanlarınca tutulacağı, hatta işçilerin alabileceği ücretin bile davalı işletmece belirlendiği, işçilerin çalışma yerleri ile çalışma saatlerinin işletme tarafından belirlenip değiştirilebileceği yönünde sözleşmelerde ve teknik şartnamelerde açık hüküm mevcuttur. Hatta ihaleyi alan firmanın davacı yerine alacağı işçiyi bile ancak E.Ü. A.Ş.'nin onayıyla aldığı, sözde alt işveren yetkilisinin E.Ü. A.Ş.'ye verdiği dilekçeden açıkça anlaşılmaktadır. Oysa tüm bu



yetkiler bir kimsenin işveren sayılabilmesi için onda bulunması gereken yetkililerdir. Eğer bir kimsede anılan yetkiler yoksa, kağıt üzerinde istendiği kadar işveren yazsın, o kişiyi gerçekte işveren saymak mümkün olmaz. Böyle bir durumda olayda muvazaalı bulunduğu kabul edilerek, onun yerine, anılan yetkileri kendi adına fiilen kullanan kişinin işveren sayılması gerekir<sup>43</sup>. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde; ihale dokümanlarında ve işçilere imzalatılan matbu form şeklindeki iş sözleşmelerinde, E.Ü. A.Ş. ihale makamı ve ihaleyi alan firmalar işveren gösterilse de, aradaki ilişkinin muvazaalı ve geçersiz olup, işçilerin ve davacının gerçek ve hukuki işverenin davalı E.Ü. A.Ş. olduğu, ilişkinin fiili gidişatından ve belgelerden kolaylıkla çıkarılabilmektedir.

Nitekim iş müfettişi S. Ş. tarafından davalı işletmenin teftişi ve fiili durum ile belgelerinin incelenmesi sonucu hazırlanan teftiş raporunda da aynen bu yönde isabetli bir tespitin bulunduğu ve İşK. 92/son uyarınca, aynı değerde bir delille çürütülene kadar ilgilileri bağlayacağı da<sup>44</sup> unutulmamalıdır.

Bu söylenenlerin hem 1475 sy İşK. dönemi için ve hem de 4857 sy İşK. dönemi yani günümüz için geçerli olacağını bir daha vurgulamalıyız. Yeni döneme dair çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'ndeki muvazaaya dair hükümler de bu savımızı doğrular niteliktedir.

#### 4. **Tüm bunların sonucu is:**

Alt işverenliğin muvazaalı nedeniyle geçersizliği ve davacı işçinin orada işe başladığı ilk günden beri davalı E.Ü. A.Ş. işçisi sayılacağıdır (İşK. 2/7). Bunun sonucundaysa Yargıtay'ın da dile getirdiği gibi, işçiye asıl işverenin işçilerine uygulanan koşullar uygulanmalı ve varsa ve şartlarını sağlıyorsa, asıl işveren (yani tek işveren) işyerindeki TİS'den yararlanabilmesi de gerekir. Aksine tutum, eşitlik ilkesine (İşK. 5) aykırı sayılır. Aynı şey asıl işveren işyerinde faaliyet gösteren bir sendikaya üyelik vs. haller için de geçerlidir. Dolayısıyla, muvazaalı alt işverenliklerde aslında ilgili işçinin sendikal özgürlüğünün de engelle karşılaştığı söylenebilir. Bu söylenenler özel kesim işyerleri bakımından hiç tartışmasız kabullenilirken, kamu işyerlerinde durum biraz tartışmalıdır.

#### 5. **Kamu işyerleri bakımından sonucun farklı olup olmadığı:**

4857 sayılı İşK. 2'ye 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Yasa ile iki yeni fıkra eklenmiş ve bunlarda kamu işyerlerinde yaşanan alt işverenliklerle de bağlantılı kılınabilir şekilde hükümlere yer verilmiştir. Bunun sonucundaysa öğretide bazı fikirlerin ortaya çıktığı görülmüştür. Hatta davalı Kurum da olayda muvazaalı alt işverenlik olsa bile kendisine özeldeki sonuçların uygulanmayacağını savunarak, sorunu olayımıza da taşımış olup Yargıtay'ın değerlendirmesine vesile olmuştur. Sorunu algılamak ve çözüm önerisi için, önce ilgili fıkra hükümlerinin metnini verip sonra farklı eğilimleri yansıtacak ve nihayetle kişisel eğilimimizi sunacağız.

**a) İlgili hükümler:** Tartışmaya yol açan hükümler şöyledir;

“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 mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.” (İşK. 2/8)

“Sekizinci fıkroda 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. Sekizinci fıkroda 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 fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

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 konulamaz.” (İşK. 2/9)

**b) Değerlendirmeler:** Anılan fıkra hükümlerinin algılanmasına gelince, öğretide bu noktada değişik fikirlerin ileri sürüldüğü görülür. Örneğin bir anlayış, 5538 sy Kanunla İşK. 2'ye eklenen 8. ve 9. fıkra hükümlerini bu konuda yani muvazaalı ve geçersiz alt işverenliklerde asıl işveren kamu işvereniye işçinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılmayacağı gibi anlam çıkarmaya gidilebilecek içerikte değerlendirmektedir<sup>45</sup>. Nitekim davalı E.Ü. A.Ş. savunmasında da bu yönde bir tez mevcuttur. Ama öğretide bunun Anayasa'nın hukuk devleti, eşitlik vs. gibi ilkelerine aykırı bulunduğu ve değiştirilmesi gerektiği söylendiği gibi<sup>46</sup>, iş hukukuna ve muvazaalı alt işverenlik ile sonuçlarına yönelik hiçbir etkisinin bulunmadığı bile dile getirilmektedir<sup>47</sup>. Nitekim incelediğimiz kararında Yargıtay 9. HD.'de isabetli olarak, “5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İşK.'nın 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... 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 İşK.'nın 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz” demektedir.

Gerçekten de anılan hükümleri yorumlama-

ya kalkıştığımızda şöyle bir tabloyla karşılaşabiliriz: Bir kere öğretide de dile getirildiği üzere, hizmet alımı sözleşmesi, yüklenici gibi kavramlar iş hukukunun kendi kavramları değildir<sup>48</sup>. Bunlar kamu ihaleleri bağlamında Kamu İhale Kanunu gereği kullanılan kavramlar olup, hizmet alım sözleşmesi ihaleyi kazanan kişi (yüklenici) ile kamu kuruluşu arasında yapılan ve işin nasıl görüleceğine dair taahhütler içeren bir sözleşmedir. Teknik şartname ise hizmet alım sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilir ve bu husus sözleşmeye de yazılır, üstlenilen işin nasıl yerine getirileceğine dair ayrıntılı bilgi içeren bir düzenlemedir. Hizmet alımı sözleşmesinin bir kişiyle ve bizzat onun iş yapması üzerine yapılması mümkün olduğu gibi bir firmayla yapılarak onun işçilerinin ödünç işçi olarak kamuda çalışıp iş görmesi yahut alt işverenlik içeriğinde düzenlenmesi mümkündür. İşte anılan fıkra hükümleri bu anlamda değerlendirilmeye gidildiğinde denebilir ki; anılan hükümlerden birinde (İşK. 2/8) hizmet alımı sözleşmesi uyarınca yüklenici aracılığıyla yani onun işçisi sıfatıyla kamuda çalışanların oradaki kadrolara atanma ve orada kamunun kendi elemanlarına uygulanan TİS ve mevzuata göre belirlenen mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanamayacağı söylenmektedir. Eğer hizmet alımı geçerli bir ödünç iş ilişkisi (İşK. 7) veya alt işverenlik (İşK. 2/6, 7) yoluyla sağlanmışsa, gerek ödünç işçi ve gerekse alt işveren işçisi işi veren kamu kuruluşunun kendi işçisi sayılmayacağına göre, bu işçilerin işi veren kamu kuruluşundaki kadroya atanma ve ondaki kendi personeline uygulanan TİS ve mevzuattaki mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanamayacağı açıktır. Örneğin kamuda çalışan işçilere 6772 sayılı Yasa uyarınca ödenecek ikramiyeden ve (varsa) TİS'deki ücret zammı ve çocuk-yakacak yardımından yararlanamama böyledir. Bizce bu yönüyle anılan hükümde bir terslik mevcut değildir.

Keza hizmet alımına temel olacak sözleşme ve şartnamelere (herhalde); “yüklenicinin kamudan aldığı bu işte çalıştırmak üzere işe alacağı işçilerin belirlenmesi ve alınanların sonra işten çıkarımı yetkisinin ihale sahibi kamu kurum ve kuruluşuna bırakılması” ve “aynı yerde daha önce hizmet alımı sözleşmesiyle veya

geçici işçi olarak çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması” yönünde hüküm konulmasını öngören hüküm (İŞK. 2/9) de önemlidir. Burada işçi alımı ve işten atma yetkisinin işverene ait yetkiler olduğu ve fakat bunun kamu kurumuna bırakımı halinde ilişkinin (duruma göre alt işverenliğin) muvazaalı olduğu ve işçinin aslında işin sahibi kamu kurumunun işçisi olacağı gerçeğinden hareket edilerek bunun engellenmeye çalışıldığı söylenebilir. Daha önce hizmet alımı yoluyla veya ödünç işçi olarak orada çalışmış işçilerin yeni ihalede de ihaleyi alan değişse bile çalıştırılacağı kaydı ise, olayımızda da olduğu gibi alt işverenler değiştiği halde işçilerin hep aynı yerde ve pozisyonda çalışmaya devam etmesini ve böylece oluşabilecek muvazaayı önlemeye yöneliktir denilebilir. Nitekim uygulamada Yargıtay, alt işverenler değiştiği halde işçinin hiç ara vermeden aynı şekilde çalışmaya devam etmesi halinde, işçinin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağını belirtmektedir<sup>49</sup> ve öğretide de bu anlayış benimsenmektedir<sup>50</sup>. Hal böyle olunca bu hükümde de bir olumsuzluk yoktur denilebilir.

İşte anılan hükümlere böyle bir anlam verilirse, gerçekten de kamu işyerlerindeki muvazaalı alt işverenliğin özele nazaran farklı değerlendirilmediği, muvazaa varsa yine Yasadaki sistemin yani işçilerin baştan beri iş sahibi Kurumun işçisi sayılacağını, bu yüzden de olaydaki Yargıtay kararının bu konuda tamamen isabetli olduğu söylenecektir.

Buna karşın, hizmet alımı sözleşmeleri ve şartnamelere böylesi hükümler konulsa bile olayın muvazaa olmayacağı ve/veya muvazaa olsa bile işçilerin asıl işveren kamu kurumunun işçisi sayılmayacağı ve ondaki işçilere uygulanan haklardan yararlanamayacağı anlamı verilirse; işte bu durumda kamu ve özel kesim işverenleri arasında muvazaalı alt işverenlik ve sonuçları bakımından haksız bir ayırım yapıldığı ve bunun Anayasa'nın eşitlik, çalışma sözleşme özgürlüğü ve hatta sosyal devlet ilkesine aykırı ve devlet ciddiyetiyle bağdaştırmanın zor olduğu düşünülebilir.

Kişisel düşüncemiz; tartışmaya yol açar tarzda düzenlenen ilgili hükümlerin kaldırılması ve bu yapılan kadar da yukarıda söylediğimiz

gibi, kamu işverenleri için herhangi bir avantaj getirmediği ve gerek orada yasaklananlar ve gerekse de başka muvazaa örnekleri yaşandığında kamuda da işçilerin baştan beri asıl işveren kamu kuruluşunun işçisi sayılacağı kabulü uygun ve isabetlidir. O yüzden, bunu dile getiren Yargıtay kararını isabetli buluyor ve katılıyoruz.

Somut olay açısından bakıldığında da, davacı işçinin orada çalışmaya başladığı tarihten işten ayrıldığı ana kadar uygulanan hizmet alımı sözleşmeleri ve teknik şartnamelerde taşeron/alt işveren işçilerinin işe alımı-iş düzeni-tatili-işten çıkarımı-işçilerin sayısının ne olacağı vs konularda asıl işveren Kurumun yetkili kıldığı görülmekte ve uygulamanın da böyle olduğu dile getirilmektedir. Durum bu olunca, olayda muvazaanın varlığı ve işçinin de baştan beri asıl işveren E.Ü. A.Ş.'nin işçisi olarak işlem görmesi gerektiğini söylemeliyiz.

Bunun doğal sonucu olaraksa, davacı işçinin muvazaalı asıl işveren E.Ü. A.Ş. Seyitömer İşletmesinde çalışan kendi işçilerinden sayılarak, ödenmeyen işçilik haklarının eşitlik ilkesi de dikkate alınarak ve TİS'den yararlanma olgusu da değerlendirilerek hesaplanması gerekir. Bu husus hem bu olaya dair Yargıtay bozma kararında ve hem de daha önceki kimi kararlarında açıkça dile getirilmiştir. Nitekim konuya dair bir başka kararında Yargıtay şöyle demektedir; “Davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre, davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapılması doğru olmaz”<sup>51</sup>.

**6. Olaydaki alt işverenlikler muvazaa nedeniyle geçersiz olup davacı işçi baştan beri davalı E.Ü. A.Ş. işçisi sayılacağından, devam eden bu davada sadece E.Ü. A.Ş.'nin davalı olarak gösterimi ve busumetin sadece ona yöneltip onun adına hüküm kurulması da doğaldır.**

Çünkü böylesi durumlarda alt işverenlik ge-

çersiz olduğundan, muvazaalı alt işverenlerin davacıya karşı işveren sıfatları yoktur. Nitekim Yargıtay da bu kanaattedir<sup>52</sup>.

### 7. *Oysa eğer olaydaki alt işverenlikler geçerli olsaydı*

Alt işverenler değiştiği halde işçinin aynı yerde ve konumda çalışmasını sürdürmesi yine bir anlayışa göre muvazaalı alt işverenlik olarak nitelenecek ve alt işverenlik geçersiz olacaktı<sup>53</sup>. Fakat böyle bir durumun alt işverenler arası geçerli biçimde oluşması halinde, böyle bir durum, alt işverenler arasında örtülü bir şekilde işyerinin devri sayılacak ve işçinin hakları kesintisiz olarak tüm alt işverenlere bağlı olarak orada geçirdiği sürelerden oluşacak ve işçilik haklarından dolayı ise asıl işveren birlikte/müteselsil sorumluluk gereği alt işverenlerle birlikte sorumlu olacaktı<sup>54</sup>. Ayrıca bu sorumluluğun sözleşmelerle daraltımı veya kaldırımı da geçersiz olacaktır<sup>55</sup>. Bu konuda son alt işveren ve asıl işveren tüm süre için sorumlu olurken, önceki alt işverenler kendi dönemleri için ve örtülü devir anındaki ücretten hesaplanan kısmından sorumlu olacaktı. Davacı işçininse, müteselsil sorumluluk gereği isterse işverenlerden birini-birkaçını veya tümünü sorumlu tutması mümkündür. Yani eğer olaydaki alt işverenlikler geçerli olsaydı, davacının davasını sadece asıl işveren E.Ü. A.Ş.'ye yöneltmesi bile mümkün ve geçerliydi.

Olaydaki alt işverenliklerin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu ve işçinin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kanısına vardığımızı ve işçilik ücret vs. gibi haklarının da bu ölçü dikkate alınarak hesaplanması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Davada kıdem tazminatı ve kullandırılmayan yıllık izin ücretleri talep edildiğinden, kıdem tazminatına hak kazandığını davacı işçinin ve bunun gereğince ödendiğini ise işverenin kanıtlaması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir<sup>56</sup>. Aynı şey yıllık ücretli izin bakımından da geçerlidir. Yani çalıştığı evrede yıllık ücretli izine/izinlere hak kazandığını ve sözleşmenin sona erdiğini davacı işçinin ispat etmesi ve henüz bunların kullandırılmadığı iddiasında bulunması gerekir. Olayda böyle bir iddianın varlığı gözükmemektedir. Anılan yıllık izinlerin kullandırıldığını kanıtlama yükü

ise davalı işverene düşmekte ve o bunu başaramadığında, kullandırılmayan yıllık izinlerin toplam miktarı bulunarak sözleşmenin son bulunduğu tarihteki ücretten hesaplanarak ödenmesi gündeme gelecek demektir<sup>57</sup>.

## V. SONUÇ:

İncelemeye çalıştığımız bu Yargıtay kararına konu olayda gerçekten de muvazaalı/geçersiz alt işverenlikler yoluyla işçi istihdamının bulunduğu ve neticede kamu işyeri bile olsa, işçilerin baştan itibaren asıl işveren kamu işvereni işçisi sayılacağını, Yasanın bu konuda kamu-özel kesim işverenleri arasında ayırım yapmadığını ve muvazaa ile sonuçlarını değiştirmedeğini, bunu dile getiren Yargıtay kararının tamamen isabetli bulunduğunu düşünüyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 Eser sözleşmesi hakkında bk. P.Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl.Zürich 1977, 21 vd. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., Besond. Teil, 1. Halbd. München 1986, § 53, I ved. Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İst. 1992, 346 vd.
- 2 Alt işveren ilişkisine dair fazla bilgi için bkz. T. Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 1 vd. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, 3. Bası, Ankara 2008, md. 2, 87 vd. ile orada anılanlar. Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, 59 vd. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 133 vd. C. Şafak, 4857 sy. İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBBD. Sy, 51, 2004, 111-132. İ. Aydın, İşverenin Sosyal Teması ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 162-183. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum 2004/1, 31-65. P. Soyer, 4857 sy. İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil/Mart 2006, 16-28. S. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum 2006/3, 71-97. N. Gerek/İ. Oral, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil/Mart 2006, 29-35. Akyiğit, İş Güvencesi, Ankara 2007, 39 vd. İ. Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 153 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik İlişkisi ve Benzeri İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38.
- 3 Krş. N. Ekin, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İTO yy. 93-94. İ. Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 153 vd. 93 vd, 149.
- 4 Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İş K. 2, 89 vd. ile orada anılan kaynaklar.
- 5 Bkz. Akyiğit, 1475 sayılı İşK. Şerhi, Ankara 2001, md. 1, 82-88 ve 97 vd. da anılan Yargıtay kararları.

- 6 Bil. Kom. tas. md. 1/ç.
- 7 Bkz. C. Şafak, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB Dergisi, sy. 51, 2001, 111-132. A.Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum D. 2004/1, 31-66. M. Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İSGHD. 2004/2, 383-400. Ş. Taşkent, Alt İşveren, Legal İSGHD. 2004/2, 363-366. Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38.
- 8 Bkz. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91. Krş. Çankaya/Çil, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69.
- 9 9. HD. 14.07.2008-1929/20008.
- 10 RG. 27.09.2008, No; 27010.
- 11 Bkz. Kaplan/Arıcı/Aktay, 105 dn.76.
- 12 Bkz. Röhsler, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259 vd. Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 68-73. Akyiğit, İşK. 2, 90. Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 13 vd. Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü İlişkiler, İstanbul 2005, 53 vd. Krş. Aydın, 158-159.
- 13 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, 33 vd.
- 14 Akyiğit, İşK. 2, 90. Akyiğit, Alt İşveren, 5 ve Aydın, 159.
- 15 9. HD. 09.10.2003 – 3219/16714.
- 16 9. HD. 14.05.2007 – 3132/14914.
- 17 Bkz ve krş. Aydın, 163.
- 18 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik, 10 vd. ile orada anılanlar.
- 19 Taşkent, Alt İşveren, 364. Akyiğit, Alt İşveren, 11-12. Çelik, Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Sicil/Mart 2009, 83-91 (87) krş. Şahlanan, TİD. Hukuk/Mart 2007, 2-4. Süzek, 145 vd. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum D. 2006/3, 92 vd.
- 20 Bkz. 9. HD. 14.05.2007 – 3132/14914; 14.09.2006 – 24492/22445.
- 21 9. HD. 05.05.2008-15362/11408.
- 22 9. HD. 05.05.2008-15362/11408.
- 23 Akyiğit, İşK. 2, 93 vd. Aydın, 165. krş. Mollamahmutoğlu, 138. Şen, Alt İşverenlik, 80-81.
- 24 9. HD. 22.03.2005-14236/9380.
- 25 5272 sy. Beld. K. 14/a ve 15/2 ile onun yerini alan 5393 sy. Beld. K.
- 26 Akyiğit, İş K. 2, 96 ve Gerek/Oral, 33. Aynı yönde bkz. 9. HD. 30.05.2005-14410/19793.
- 27 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 139.
- 28 Hük. Ts. md. 2 gerekçesi.
- 29 Akyiğit, Alt İşverenlik, 16.
- 30 9. HD. 03.04.2007-10545/9282.
- 31 Bkz. Akyiğit, İşK. 2, 101 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 21 vd.
- 32 Bkz. Akyiğit, İşK. 2, 104 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 19.
- 33 Akyiğit, İş K. 2, 118 ve Akyiğit, Güvence, 56. Aynı yönde Güzel, 58-59 ve 61. Krş. Uşan, 28 ve 9. HD. 15.05.2006, 11741/14066; 19.06.2006, 15067/17766.
- 34 Bkz. T. Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, 8 vd. Özmen/Özkaya, Muvazaa Davaları, Ankara 1993, 32 vd.
- 35 Bkz. Aydın, 292 vd.
- 36 9. HD. 29.05.2006-13218/15765.
- 37 Bkz. E. Yılmaz, Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tesbit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası, ÇİD. Ocak 2009 Eki, 16 vd. G. Ürcan, Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler, Legal İSGHD. 2008/19, 964 vd.
- 38 Akyiğit İşK. 2, 118 vd.
- 39 Bunun muvazaa olacağına dair bkz. 9. HD. 27.03.2006-4860/7479.
- 40 Bkz. 9. HD. 04.12.2006-30340/31894.
- 41 9. HD. 14.09.2006-24492/22445.
- 42 Bkz. yukarıda III-9.
- 43 9. HD. 18.11.1997-16673/19164; 9. HD. 09.02.1999-17926/1750.
- 44 9. HD. 09.02.1999-17926/1750.
- 45 F. Demir, İş Hukuku Uygulaması, 5. Bası, İzmir 2009, 34-35. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91. Süzek, 165.
- 46 Bkz. N. Tarcan, 86-91. Süzek, 165.
- 47 Bkz. Çankaya/Çil, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69.
- 48 Süzek, 165.
- 49 9. HD. 07.12.2006-13876/3223.
- 50 Süzek, 159-160 ve K. D. Yenisey, Seminer 2006, 16.
- 51 9. HD. 07.07.2009-25544/20096.
- 52 Bkz. 9. HD. 05.10.2009-35910/25679; 9. HD. 03.05.2004-22214/10373.
- 53 9. HD. 18.06.1997-8568/12193; 9. HD. 22.04.2004-6280/9180.
- 54 Bkz. 9. HD. 07.07.2009-40398/19939.
- 55 9. HD. 18.03.1988-517/3080 ve Demir, 32.
- 56 Bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara 2010.
- 57 Bkz. Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000.