

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK /2

T.C
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU

Esas No. 2015/22-158

Karar No. 2015/1242

Tarihi: 22.04.2015

- ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN
- MUVAZAA
- ALT İŞVERENE VERİLEN İŞLERİN UZMANLIK GEREKTİREN İŞLER OLMASI

ÖZETİ: Yapılan açıklamaların ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde, davalı tarafından ihale ile verilen işler davacının çalıştığı tarihte yürürlükte olan 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinin (g) fıkrası uyarınca uzmanlık gerektiren işler olduğundan; yapılan sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı olduğundan söz edilemeyeceği gibi davacının bağlı olduğu işveren şirket ile davalı Elektrik Üretim A.Ş. arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işveren yönetmeliğinde belirtilen şartlara uygun olduğu kabul edilmiştir.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinin (g) fıkrası 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 14.03.2013 tarih ve 6446 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de bir kanun hükmünün yürürlükten kaldırılmasının anılan hükme dayalı olarak yapılan tüm işlemlerin muvazaalı olduğu sonucu çıkartılması yasal olarak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçisi asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağından alt işverenin işçisi olan davacının davalı asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan

alacak isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler davacıların asıl işte çalıştıklarını; elektrik üretiminde kullanılan makinelerin bakım işinin de elektrik üretim işinin bir parçası olduğunu, tüm ekipmanları davalının temin ettiğini; alt işverenlerin teknik organizasyonunun olmadığını; asıl ve alt işveren işçilerinin aynı yerde çalıştıklarını, buna göre alt işverenlik ilişkisinin unsurlarının bulunmadığını, kaldı ki Anayasanın 90. maddesi uyarınca onaylanarak üst norm haline gelen 194 sayılı ILO sözleşmesi uyarınca kamu işyerlerinde çalışanlara en az kamu işçilerinin şartlarının sağlanması zorunluluğu bulunduğunu belirterek direnme kararının onanması gerektiğini dile getirmiş iseler de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

DAVA: Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kütahya İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 10.03.2014 gün ve 2013/198 E. 2014/238 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 23.06.2014 gün ve 2014/14996 E. 2014/18523 K. sayılı ilamı ile;

“...Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı EÜAŞ'ın Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğü bünyesinde işçi olarak çalıştığını, Türkiye Enerji Su ve Gaz İşçileri Sendikasına (TES-İŞ) üye olduğunu, üyeliğin davalı işverene bildirildiğini, ancak davalı tarafın davacı işçinin kendi personeli olmadığı için üyelik formunu iade ettiğini, davacıyı İşletme toplu iş sözleşmesinden yararlandırmadığını; oysa davacının muvazaalı olarak alt işveren işçisi olarak gösterildiğini, aslında davalının asıl işçisi olduğunu, davalının daha az maliyetle kadro açığını kapatmak için alt işveren işçisi istihdam ettiğini; alt işverenlik sözleşmelerinin Alt İşverenlik Yönetmeliğinde belirtilen unsurları taşımadığını, alt işveren işçisi olarak gösterilen işçilerin asıl işverenle birlikte termik santralin, elektrik bakım, kazan bakım, değirmen bakım gibi elektrik üretiminin asıl işlerinde çalıştıklarını; davalının asıl işini bölerek alt işverenlere verdiğini; davacı işçilerin uzun yıllardır aynı işlerde çalıştıklarını; alt işverenler değişse de işçilerin değişmediğini; zaten bu şirketlerin de elektrik üretim işinde bir uzmanlıklarının bulunmadığını; alt işverenlerin kendi işçi kadrolarının bulunmadığını, çalıştırılacak işçilerin EÜAŞ tarafından belirlendiğini; alt işverenlerin asıl işverenden bağımsız bir organizasyonlarının bulunmadığını; çalışma şartlarının EÜAŞ tarafından belirlendiğini, emir ve talimatın EÜAŞ

çalışanları tarafından verildiğini; bu sebeplerle alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı olduğunu; davacı işçinin sendika üyesi ve asıl işverenin işçisi olarak işletme toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerekirken yararlandırılmadığını, davacının 13. ve 14. dönem toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan taban ücret, yevmiye, ikramiye, iş güclüğü tazminatı, bakım tazminatı, yemek yardımı, sosyal yardım ve vardiya tazminatından oluşan işçilik alacaklarının ödenmediğini bildirerek, bu alacakların işletme kredilerine uygulanan en yüksek faizleri ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili davalı teşekkülün ikamet adresi sebebiyle Ankara Mahkemelerinin yetkili olduğunu, davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiğini, çünkü davacının kendi işçileri olmadığını, davacının ihaleyi alan firmaların işçisi olduğunu, işçilerin işe alınıp çıkartılmasından firmaların sorumlu olduğunu; işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden işverene bir iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerin yararlanabileceğini, davacının alt işveren işçisi olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağını; bu sebeple davacı işçilerin danışma aidatı ödeyerek veya sendika üyeliği yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma taleplerinin kabulünün mümkün olmadığını; 5538 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen fıkralar sebebiyle davacının taleplerinin yersiz olduğunu; çünkü davalı işverenin sözkonusu eklenen fıkralardaki kamu kurumlarından olduğunu, hizmet alımı yoluyla ihale edilen işlerde muvazaa nedeniyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunulamayacağını; muvazaa iddialarının yersiz olduğunu, zira davalı kurumun yaptığı ihalelerin Kamu İhale Kanununa tabi olduğunu ve idari yargı denetimine tabi bulunduğunu; şirket ana sözleşmesinin hizmet alım ihalelerine imkan tanıdığını; davalı işverenin bir kamu kurumu olup, muvazaa yapmasının mümkün olmayacağını; davacının yaptığı işin de asıl işlerden olmadığını; davacının kamu ihale mevzuatına uygun olarak yapılan ihalelerle iş verilen firmaların işçisi olup, davalının asıl işçileri ile aynı işleri yapmadığını; kurum personelinin sadece kontrolör olarak bulunduğunu; muvazaalı olduğu iddia edilen ihalelerin iptali için açılan idare mahkemesindeki davanın reddedildiğini; bu sebeplerle davacının kendi işçisi değil alt işverenlerin işçisi olduğunu ve bu sebeple de toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmasının mümkün olmadığını ve davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının muvazaalı alt işverenlik ilişkisi sebebiyle asıl işveren davalının işçisi olduğu, bu nedenle de asıl işveren ile sendika arasındaki toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı ile dava dışı alt işverenler arasında geçerli ya da muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi olup olmadığı ve buna bağlı olarak davacının başından itibaren davalı işçisi sayılması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, "...Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez..." denilerek alt işverenlik ilişkisinde muvazaaya bağlanan hukuki sonuç açıklanmıştır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.

Diğer taraftan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesinde "Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler" denilmiştir.

Seri halinde incelenen dosyalarda davalının elektrik üretim görevini yapan kamu tüzel kişisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanmasında kuşku yoktur. Sözü edilen düzenleme ile asıl işin tamamı ya da bir kısmı 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebilir. Bu durumda sadece 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrası ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesinde muvazaa denetimi yapılabilir. Dairemizce ilk defa 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesi konu kapsamında değerlendirilmiş olup, somut olayda davalı ile alt işverenler arasındaki ilişkinin hukuken geçerli olarak kurulduğu ve muvazaalı olmadığı sonucuna varılmıştır. Nitekim Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de önüne gelen benzer bir dava da aynı neticeye ulaşmıştır (Yarg. 7. HD., 2013/23916 esas, 2013/22377 karar sayılı karar). Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçisi asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Bu itibarla, alt işverenin işçisi olan davacının davalı asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş

sözleşmesinden doğan alacak isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı ile dava dışı şirketler arasında geçerli bir alt işverenlik ilişkisi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işverenlik ilişkisi 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan madde uyarınca “...Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması halinde müeyyidesi de yine aynı maddede “...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Alt işverenlik sözleşmelerinin kamusal alandaki mal ve hizmet üretiminde yarattığı sıkıntı nedeniyle 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen fıkra uyarınca “...(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) 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.

(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alınmasına 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.”

Bu aşamada belirtilmelidir ki davalı Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olup sermayesinin tamamı Devlete ait iktisadi devlet teşekkülüdür ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi elektrik üretimiyle uğraşan bir iktisadi devlet teşekkülü olarak, kamu tüzel kişiliğine haizdir.

Davalı EÜAŞ'nin faaliyet alanının da dahil olduğu 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesine 09.07.2008 tarih ve 5784 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren fıkra uyarınca “Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler.”

Davalı teşekkülün ana statüsünün amaç ve faaliyet konuları başlıklı 6. maddesinde; asıl amaç ve faaliyetlerin üretim tesislerinde elektrik enerjisi üretmek olduğu ve ihtiyaçları doğrultusunda Kamu İhale Kanunu'na uygun şekilde ihale yolu ile hizmet alımı yaptıkları; ana statüleri uyarınca davalı teşekküle bağlı işyerlerinde ana hizmet veya üretim faaliyeti ile doğrudan ilgili hizmet alımları EÜAŞ Satın alma Ve İhale Yönetmeliği hükümlerine göre, üretimle doğrudan ilgili olmayan hizmet alımlarının ise Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuata göre yapıldığı, bu kapsamda olmak üzere genel temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım lokal işletmeciliği ve özel güvenlik hizmetlerinin kamu ihale mevzuatına göre ihale

edildiği, teknik hizmet alımlarının ise belirtilen limitleri aşmadığı sürece satın alma ve ihale mevzuatına göre yapıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre faaliyet alanı elektrik enerjisi üretimine yönelik davalı şirketin hizmet alım ihaleleri gerek 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun gerekse 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir.

Somut uyuşmazlığın incelenmesinde davalı EÜAŞ ile dava dışı şirketler arasında imzalanan tip sözleşmeler ile “değirmen bakım, kömür, kül ve cüruf nakil tesisleri, mekanik atölye, türbin bakım servisleri, buhar üretim, sıhhi tesisat bakım onarım işleri” için hizmet alımı yapıldığı; hizmet alım sözleşmelerinin konularının davanın açıldığı ve davacının çalıştığı dönemde yürürlükte olan 5784 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan “elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler” düzenlemesi kapsamında olduğu; işletim ve bakım onarım işi için hizmet alımının 5784 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Belirtilmelidir ki davacının davalı şirketin asıl işi olan elektrik üretim işinin bölünmesi sureti ile teşekküllerince var edilen bir işte çalışmasının söz konusu olmadığı, elektrik üretim işinden tamamen bağımsız makine bakım ve onarım işi olduğu; makinelerin ve üretimin niteliği gözetildiğinde teknik iş yaptığı, davacının yaptığı işin, davacı ve diğer işçilerin eğitim ve öğretim durumları da göz önüne alındığında teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olduğu, bu nedenlerle de sözleşmelerin düzenlenmesinde muvazaadan söz edilemeyeceği açıktır.

Öte yandan davacının çalıştığı bakım işlerinin makinelerin niteliği gözetildiğinde uzmanlık gerektiren işlerden olması nedeniyle işverenin, belli bir uzmanlığa ulaşmış ve deneyimli işçileri çalıştırılması işin niteliği gereği olduğundan alt işverenler değişse bile işçilerin değişmemesi hususu ile; hizmet alım ihaleleri ile çalıştırılan işçilerin ihale konusu bakım onarım işlerinde çalıştırıldıkları konusunda uyuşmazlık bulunmadığı gibi ihale konusu dışı işlerde çalıştırıldıklarının iddia ve ispat edilmediği de gözetildiğinde; bir makinede çalışarak asıl üretim işi yapanlar ile aynı makinenin bakımını yapan işçilerin aynı yerde çalışması işin doğası gereği olup bu hususun kamu personeli ile aynı işi yaptıkları anlamına geldiğinin ve muvazaanın delili olduğunun kabulü de mümkün değildir.

Uzmanlık gerektiren bu bakım işinde çalışanların niteliklerinin; ünvanlarının ve çalışma sürelerinin de yapılacak ihalede ayrıntılı olarak belirlenmesi kaçınılmazdır. Kaldı ki ücret ve süre belirlenmeden yapılan ihalede sonrasında işverenlerin sorumluluğunun sınırlandırılması da mümkün olmayacaktır ve dava dışı işverenlerle imzalanan sözleşmelerde davalı EÜAŞ'nin işçi çıkarma yetkisi olmadığı gibi, stratejik bir kuruluş olduğundan işçi alımında söz sahibi olması işin doğası gereğidir.

Nitekim, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 2006/2579 E. ve 2008/1185 K. sayılı ilamında; işbu davanın davacısı tarafından muvazaa iddiası ile yapılan ihalenin iptali talep edilmişse de ihale konusu hizmetin ihale yolu ile satın alınmasında herhangi bir hukuka aykırılık ve muvazaa olmadığından bahisle haksız ve yersiz davanın reddine dair verilen kararın onanmak suretiyle kesinleştiği, ilamda belirtildiği üzere Teşekkülün asıl faaliyetinin elektrik üretimi olduğu ayrıca elektrik üretim tesislerinin kurulması ve işletilmesi hususunda diğer gerçek ve tüzel kişilerden hizmet almak faaliyetinin de diğer faaliyetleri arasında sayıldığını, bu faaliyetine istinaden ihtiyaç doğrultusunda Kamu İhale Kanunu'na uygun olarak ihale yapılmasında hiçbir hukuka aykırılık ve muvazaadan bahsedilemeyeceğini ve ihale konusu işlerin hiçbir zaman asıl iş olan elektrik üretim işinin bir parçası olamayacağını kesin hükme bağlanmıştır.

Yapılan açıklamaların ışığında somut uyumsuzluk değerlendirildiğinde, davalı tarafından ihale ile verilen işler davacının çalıştığı tarihte yürürlükte olan 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinin (g) fıkrası uyarınca uzmanlık gerektiren işler olduğundan; yapılan sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı olduğundan söz edilemeyeceği gibi davacının bağlı olduğu işveren şirket ile davalı Elektrik Üretim A.Ş. arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işveren yönetmeliğinde belirtilen şartlara uygun olduğu kabul edilmiştir.

Yeri gelmişken belirtmelidir ki, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinin (g) fıkrası 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 14.03.2013 tarih ve 6446 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de bir kanun hükmünün yürürlükten kaldırılmasının anılan hükme dayalı olarak yapılan tüm işlemlerin muvazaalı olduğu sonucu çıkartılması yasal olarak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçisi asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağından alt işverenin işçisi olan davacının davalı asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan alacak isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler davacıların asıl işte çalıştıklarını; elektrik üretiminde kullanılan makinelerin bakım işinin de elektrik üretim işinin bir parçası olduğunu, tüm ekipmanları davalının temin ettiğini; alt işverenlerin teknik organizasyonunun olmadığını; asıl ve alt işveren işçilerinin aynı yerde çalıştıklarını, buna göre alt işverenlik ilişkisinin unsurlarının bulunmadığını, kaldı ki Anayasanın 90. maddesi uyarınca onaylanarak üst norm haline gelen 194 sayılı ILO sözleşmesi uyarınca kamu işyerlerinde çalışanlara en az kamu işçilerinin şartlarının sağlanması zorunluluğu bulunduğunu belirterek direnme kararının onanması gerektiğini dile getirmiş iseler de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

O halde Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 22.04.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Somut uyuşmazlıkta uzun süredir değişen alt işverenlerde çalışan ve davalı EÜAŞ'ın taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlanmak için sendikaya üye olan davacı, davalının değişen alt işverenler ile yaptığı sözleşmelerin muvazaalı olduğunu, asıl işlerin alt işverene verildiğini, bunun 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine aykırı olduğunu, davalının başlangıçtan beri davalının işçisi sayılması gerektiğini belirterek, Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması ile bu sözleşmeden kaynaklanan alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, işlerin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan iş gücünün sağlanması amacı ile yapılan hizmet alım sözleşmelerinin altında kamunun kendi personel rejimi içerisinde işe alamadığı işçiyi farklı bir işlemlerle temin etme iradesinin bulunduğu, hizmet alım sözleşmelerinin asıl amacının işçi temini olduğu, emsal kararlarda muvazaa olgusunun onandığı, davalının muvazaalı alt işveren uygulaması yaptığını, davacının başlangıçtan beri davalı işçisi sayılması gerektiğini ve toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne ve sözleşmeden kaynaklanan fark alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Yüksek Yargıtay 22. Hukuk Dairesi verilen kararın temyizi üzerine, “davalının elektrik üretim görevini yapan kamu tüzelkişisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple 4628 sayılı Kanun’un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanmasında kuşku yoktur. Sözü edilen düzenleme ile asıl işin tamamı ya da bir kısmı 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebilir. Bu durumda sadece 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrası ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesinde muvazaa denetimi yapılabilir. Dairemizce ilk defa 4628 sayılı Kanun’un 15. maddesi konu kapsamında değerlendirilmiş olup, somut olayda davalı ile alt işverenler arasındaki ilişkinin hukuken geçerli olarak kurulduğu ve muvazaalı olmadığı sonucuna varılmıştır” gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yerel mahkeme bozma sonrası aynı işverenle ilgili aynı şekilde dava açan ve kabul kararları onanarak kesinleşen karar ile dosyaya sunulan uzman bilirkişi görüşlerini de esas alarak önceki gerekçelerle kararında direnmiştir.

Yüksek Genel Kurul önüne gelen uyuşmazlıkta, ikinci görüşmede çoğunluk görüşü sonucu 22. Hukuk Dairesi'nin bozma kararı benimsenerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

Öncelikle uyuşmazlıkta temel tartışmalar şu şekilde ortaya çıkmıştır.

1. Davalının alt işverenlere verdiği hizmet asıl iş midir? İşçilik temini midir?

2. Asıl iş ise 2008 yılında getirilen yasal düzenleme ile kamu iştiraki olan, ancak özel hukuk hükümlerine tabi olan davalının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesinde asıl işin bölünerek verilmesinin kirteri olan "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" sınırlamaya tabi olacak mıdır? Olmayacak mıdır?

3. Belirtilen sınırlamaya tabi değil ise olayda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi ile TBK.'nin 19. Maddesindeki muvazaâ kriterleri, davalının alt işverenlik sözleşmesinde var mıdır? Yok mudur?

4. 94 sayılı BİR AMME TARAFINDAN YAPILAN MUKAVELELERE KONULACAK ÇALIŞMA ŞARTLARINA MÜTEALLİK SÖZLEŞME olan İLO Sözleşmesi uyuşmazlıkta uygulanmalı mıdır? Uygulanmamalı mıdır?

Tartışmaların cevap bulması için uyuşmazlıkta esas olan yasal düzenlemelere ve Yargıtay uygulamasına, doktrin görüşlerine, davalının alt işverenlere verdiği sözleşme içeriğine, gerekçelere ve bilirkişi tespitlerine bakmak gerekir.

I. UYUŞMAZLIKTA YASAL DÜZENLEMELER;

1. 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri:

Madde 2/6,7,8 ve 9 fıkralar,

(6) Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

(7) Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

(8) (Ek fıkra : 01/07/2006 - 5538 S.K/18.mad) 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.

(9) (Ek fıkra : 01/07/2006 - 5538 S.K/18.mad) Sekizinci fıkrada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî 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.

Madde 3/2. “Bu Kanununun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı 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 tespiti 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 altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

2. Alt işveren yönetmeliği;

Madde 3.

(1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Alt işveren: Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile

teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları,

b) Alt işverenlik sözleşmesi: Asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve 10 uncu maddede belirtilen hususları ihtiva eden sözleşmeyi,

c) Asıl iş: Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işi,

ç) Asıl işveren: İşyerinde 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 tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları,

f) Kanun: 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununu,

g) Muvazaa:

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

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

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

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

ihativa eden sözleşmeyi,

ğ) Yardımcı iş: İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi,

ifade eder.

Madde 4 - (1) Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için;

a) Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.

b) Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.

c) Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır.

ç) Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.

d) Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.

Madde 11 - (1) İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir.

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

(3) Ancak asıl iş;

a) İşletmenin ve işin gereği,

b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi,

şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir.

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

Madde 12/2. Muvazaanın incelenmesinde özellikle;

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

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

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

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

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

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

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

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

hususları göz önünde bulundurulur.

3. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Kanunu;

Madde 25. (1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

Madde 39 – (1) Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.

(2) Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır.

4. 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.

Madde 15/g (Ek cümle: 09/07/2008 - 5784 S.K./5. md.) Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler.

5. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

Madde 4. Bu Kanunun uygulanmasında;

Mal : Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları,

Hizmet : (Değişik tanım: 30/07/2003 - 4964 S.K./3. md.) Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, (*) tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,

Yapım: Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini,

İfade eder.

6. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu

Madde 5. Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır.

(Değişik fıkra: 20/11/2008-5812 S.K./31.mad) İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir

7. Kamu İhale Genel Tebliği

Mad. 69. Bazı ihalelerin şartnamelerinde, iş tanımı yapılmadan sadece personelin sayısı ve niteliklerinin belirtilmesi ile yetinildiği görülmektedir. Hizmetin tanımı yapılmadan ve teknik şartnamede ihale konusu işin ayrıntılarına yer

verilmeden sadece çalıştırılacak personelin sayısı ve niteliği belirtilmek suretiyle ihaleye çıkılmasının hizmet alımı değil idarenin dolaylı olarak personel istihdam etmesi anlamına geldiği, bu durumun ise 4734 sayılı Kanunun tanımlara ilişkin 4 üncü maddesi ile temel ilkeleri düzenleyen 5 inci maddesine ve 4735 sayılı Kanunun, hizmet alımına ilişkin sözleşmelerde iş tanımı yapılmasını zorunlu kılan 7 nci maddesine aykırılık teşkil edeceği hususuna dikkat edilmelidir”.

8. 818 sayılı BK.

Madde 18 - Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.

Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz.

6098 sayılı TBK. Madde 19- Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

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

9. Anayasa:

Madde 90.

Türkiye Cumhuriyeti adına Yabancı Devletlerle ve Milletlerarası Kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

10. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

Madde: 33 Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.

11. 94 sayılı BİR AMME TARAFINDAN YAPILAN MUKAVELELERE KONULACAK ÇALIŞMA ŞARTLARINA MÜTEALLİK SÖZLEŞME (İLO Sözleşmesi.14.12.1960 tarihli ve 160 sayılı Kanun ile kabul etmiş, Bakanlar Kuruluda bu sözleşmeye göre hareket edilmesi doğrultusunda 88/13168 sayılı kararı almıştır).

MADDE 1.

1.Bu Sözleşme aşağıdaki şartları haiz mukaveleler hakkında uygulanır olması;

a.Mukavelede tarafları teşkil edenlerden en az birinin bir amme makamı olması,

b.Mukaveleyi ifanın:

i.Bir amme makamı tarafından para serfiyatı yapılmasını,

ii.Akitte diğer tarafı teşkil edenin işçi çalıştırmasını istilzam eylemesi,

c.Mukavelelerin:

i.Bayındırlık işlerinin yapılması, tadili, tamiri veya yıkımı,

ii.Materyal, levazım ve teçhizatın imali, takılması, işlenmesi veya nakli,

iii.Hizmetlerin bizzat ifası veya temini gayesi ile yapılmış olması,

d. Mukavelelerin, hakkında bu Sözleşme'nin yürürlükte bulunduğu Milletlerarası Çalışma Örgütü Teşkilatı üyelerinden birinin merkezi bir makamı tarafından yapılması,

2.Yetkili makam, merkezi makamlardan gayri makamlar tarafından yapılmış olan mukavelelere Sözleşme'nin ne ölçüde ve hangi şartlar dahilinde uygulanacağını tayin edecektir.

3.Bu Sözleşme, taşaronlar veya mukaveleyi devir alan şahıslar tarafından yapılan işler hakkında uygulanır; yetkili makam bu Sözleşmenin mezkûr işlere uygulanmasını sağlamak üzere gereken tedbirleri alacaktır.

4.İlgili işveren ve işçi teşekküllerinin mevcut olduğu yerlerde bu teşekküllerle istişareden sonre yetkili makam tarafından tayin edilen bir haddi geçmiyecek tutarda bir amme fonunun sarfını istilzam eden mukaveleler, bu Sözleşmenin uygulanmasından istisna edilebilir.

5.Yetkili makam, ilgili işveren ve işçi teşekküllerinin mevcut olduğu yerlerde bu teşekküllerle istişareden sonra idari mevkiiler işgal veya teknik veya ilmi mahiyette vazifeler ifa edip çalışma şartları milli mevzuat veya kollektif mukavele veya bir hakem kararı ile tanzim edilmemiş olan umumiyetle bedeni bir iş göremiyen kimseleri bu sözleşmenin tatbik sahası dışında bırakabilir.

MADDE 2

1.Bu Sözleşme'nin şumulüne giren mukaveleler, ilgili işçilere işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki iş için:

a.Kollektif mukavele yolu ilgili veya ilgili sanayi veya iş kolundaki işçi veya işverenlerin mühim bir kısmını temsil eden işçi ve işveren teşekkülleri arasında tensip edilmiş diğer bir müzakere usulü yolu ile,

- b.Hakem kararı yolu ile, veya,
c.Milli mevzuatla:

Tesbit edilmiş olanlardan daha az elverişli olmayan ücretleri (Ödenekler dahil), iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti eden hükümleri ihtiva edecektir.

2.Bundan evvelki fıkrada zikrolunan çalışma şartları, işin yapıldığı bölgede, yukarıda yazılı şekillerden birine göre tanzim edilmediği takdirde, mukavelelere ithali gereken maddeler, ilgili işçilere:

a. Benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki bir iş için kollektif mukavele veya mutabık kalınan diğer bir muzakere usulü yoluyla yahut hakem kararı veya milli mevzuat yoluyla tesbit edilmiş olanlardan;

b. Veya, kendisiyle mukavele yapılan müteahhidin iş yaptığı iş kolu veya sanayiye mensup benzeri şartlar içinde bulunan işverenlerin o iş kolu veya sanayide riayet ettikleri genel seviyeden,

Daha az elverişli olmayan ücretleri (ödenekler dahil), iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti edecektir.

3.Mukavelelere ithal olunacak şartların mahiyeti ve bunlar üzerinden yapılacak her türlü tadiller, ilgili işveren ve işçi teşekküllerinin mevcut olduğu yerlerde bu gibi teşekküllerle istişareden sonra, yetkili makam tarafından, milli şartlara en uygun addedilecek bir şekilde tayin edilecektir.

Müteahhitlerin, şartların mahiyetinden haberdar olabilmeleri için yetkili makam, şartnamelerin ilanı gibi lüzumlu tedbirleri veya sair her türlü tedbirleri alacaktır.

Sözleşmenin 1. Maddesinde kamunun hangi sözleşmelerine bu sözleşmenin uygulanacağı 4 bentte belirtilmiş ve c bendinde tüm hizmet alımları belirtildiği gibi bayındırlık işi de sayılmıştır. Bir defa bu sözleşme kamu tüzel kişinin taraf olduğu hizmet ve mal alımı için alt işverenlerle yapılan sözleşmeleri kapsadığı gibi anahtar niteliğinde olan bayındırlık hizmetlerini de kapsayacağı da belirtilerek, asıl-alt işveren ilişkisi kurulmasa da uygulanacağı yönünde onaylayan devletlere yükümlülük getirmiştir. Bu sözleşme kamu kuruluşları tarafından yaptırılacak işlerde, alt işverenler tarafından çalıştırılacak işçilere ödenecek ücret ve diğer sosyal haklara ilişkin asgari miktarların düzenlenmesini esas almaktadır. Bu kapsamda, taşeronlar tarafından çalıştırılan işçilere, işin dahili olduğu işkolu veya meslekte aynı tipteki iş için, toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha aşağı olmayacak şartlarda ücret ödenmesini ve aynı şartların sağlanmasını, ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde, taşeronlar tarafından en yakın ve en uygun bir bölgedeki işkolu veya meslekteki aynı tip iş için, toplu sözleşmenin uygulanması gerektiği, ancak, böyle bir düzenleme yoksa, mevzuatla tespit edilenden (asgari ücretten) az olmayacak şekilde ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının işçilere temin edilmesini esas kabul etmektedir.

II. YARGITAY UYGULAMASI:

1. a) Alt işveren ve muvazaa uygulamasında yargısal denetim;

Yüksek Yargıtay Asıl-alt işverenlik ilişkisinde unsurları yönünde ve muvazaa iddiaları olduğunda şu gerekçelere yer vermektedir.

“Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.

Asıl alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için, asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işi yada asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi gerekir. Verilen iş, mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir iş ise, bu tür bir ilişki doğmaz.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.

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

Bir asıl işin yasa kapsamında işveren tarafından alt işverene verilmesinin düzenlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır.

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, alt işveren işçisi, aynı madde uyarınca başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri sayılacaktır. Böyle bir durumda işe iade isteyen alt işveren işçisinin asıl işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekir. Zira alt işveren gerçekte işveren değildir ve işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması, hangi alt işverenle çalıştıklarını bilmemesi gibi bulgular bu ilişkinin muvazaalı olduğuna işaret eden diğer özelliklerdir.

Asıl iş, mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir ve bu iş doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alır ve üretimin zorunlu unsurudur. Asıl işverenin faaliyet alanına göre belirlenir.

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 iştir.

Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde,

Biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı,

Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları,

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

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

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı;

Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı;

İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı;

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

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılabildiğinin araştırılması ve irdelenmesi gerekir.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir(Yar. 9. HD. 30.03.2015 gün ve 2014/934 Esas, 2015/12261 Karar, Yar. 22. HD. 25.06.2013 gün ve 2013/13693 Esas, 2013/15578 Karar, Yar. 7. HD. 21.02.2013 gün ve 2013/ 2322 Esas, 2013/1429 Karar).

İrade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanan muvazaalı, pozitif hukukumuzda Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede, “bir aktin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır” hükmüne yer verilmiştir.

O halde muvazaalı; tarafların üçünü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır, şeklinde tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle, irade açıklamasında bulunan taraflar bu açıklamanın kendisine yapıldığı kişi, irade açıklamasının sonuç doğurmaması konusunda anlaşmışlar, yalnız gerçek bir hukuki işlemin bulunduğu görüşünü yaratmayı istemişlerse, muvazaadan söz edilir.

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

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

Somut uyuşmazlıkta davacı, alt işverenin davalıya göre farklı bir işkolunda imzaladığı toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını istemektedir.

....

Davalı işverenin muvazaalı sözleşmeler ile davacıyı alt işverenin işçisi gibi çalıştırdığı, davacının görünüşte farklı bir işkolunda faaliyet gösteren alt işveren işçisi olması nedeniyle davalıya ait işyerinde geçerli toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı, buna göre davalının muvazaalı sözleşmelere dayalı olarak davacıda alt işverenin işçisi olduğu görünümü yaratarak davacının davalının faaliyet gösterdiği işkolunda örgütlü sendikaya üye olmasını ve buna bağlı olarak işyerinde geçerli toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının engellenmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında uyuşmazlığın değerlendirilmesinde, davalı işverenin kendi muvazaasına dayalı olarak, davacıyı toplu iş sözleşmesinden

yararlandırmamak suretiyle maddi menfaat elde etmeyi amaçladığı, bu anlamda davalının savunmasının dürüstlük kuralına aykırı ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemeyeceğinden davalının dürüstlük kuralına aykırı davranması nedeniyle muvazaalı eyleminin sonuçlarına katlanması gerektiği kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında, davacının muvazaa iddiasına dayanmış olması, asıl-alt işveren ilişkisine dayalı olarak talepte bulunmaması da dikkate alındığında, Türk İş Hukukunda işkolu esasının geçerli olması nedeniyle işe iade davasında işvereni olmadığı kesinleşen şirket tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanılmasının mümkün olmadığı görüşü dile getirilmiş ise de bu görüş, yukarıda açıklanan nedenlerle çoğunluk tarafından benimsenmemiştir(Yargıtay HGK. 07.05.2014 gün ve 2013/9-1792 Esas, 2014/584 Karar).

b) Asıl işin yasa ile verilmesinde yargısal denetim:

5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur(Yar. 9. HD. 24.10.2008 gün ve 2008/33977 Esas, 2008/28424 Karar, Yar. 9. HD. 21.01.2010 gün ve 2009/41520 Esas, 2010/669 Karar).

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeler ve bağlı kuruluşların asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 5538 sayılı yasa ile eklenen 7 ve 8. fıkralara göre, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla sözleşme yapabilirler. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, toplu taşıma ve ulaşım hizmetleri, bakım ve onarım işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine istisna getirilmiştir. Ancak

Belediyeler Kanunu'nun 67 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/8 maddeleri uyarınca bir işin veya hizmetin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin veya hizmetlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır. Madde de alt işverene verilmesi gereken Belediye'nin sayılan iş ve hizmetleri olduğu, ancak hizmet alımı yapılacağı, bu hizmetlerin yerine getirilmesi veya işlerin yapılması için eleman temin edilmesi halinde, hizmetin alınmadığı, işçilik temini için ihale yapıldığı iddialarının araştırılması gerekir(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.07.2009 gün ve 2008/21666 Karar, 2009/216006 Karar, Yargıtay 22. HD. 25.10.2011 gün ve 2011/1489 Esas, 2011/3418 Karar).

2. Delillerin değerlendirilmesinde:

Asıl-alt işveren uygulamasının ister asıl iş ister yardımcı iş olsun, alt işverene verilmesinde, unsurları veya muvazaa yönünde denetiminin yapılmasında Yüksek Yargıtay kararlılıkla "İşverenler arasındaki sözleşmenin getirilerek işyerinde teknik ve hukukçu bilirkişi marifeti ile keşif yapılmasını ve rapor alınarak sonuca gidilmesi gerektiğini hep içtihat etmiştir(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 03.07.2013 gün ve 2013/16442 Esas, 2013/12559Karar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.11.2014 gün ve 2013/28473 Esas, 2014/34812 Karar ve 22. Hukuk Dairesinin 18.11.2013 gün ve 2013/22523 Esas, 2013/24986 Karar sayılı davalı EÜAŞ hakkındaki kararı). Zaten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. Maddesindeki iş müfettişi tarafından yapılan muvazaa tespiti de bu yasaya dayanılarak çıkarılan alt işveren yönetmeliğinde belirtilen kriterlere uygun olarak işyerinde yapılan denetim sonucu ortaya çıkmaktadır.

3. Hukuki nitelendirmede;

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19 ve 6100 sayılı HMK.'un 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Uyuşmazlığa uygulanacak kuralı doğrudan uygular. (Yar. 9. HD. 19.02.2015 gün ve 2015/603 Esas, 2015/7529 Karar). 04.06.1958 gün ve 15/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, maddi olayları açıklamak taraflara, ileri sürülen olayları hukuken nitelemek ve uygulanacak yasa hükümlerini tespit etmek ve uygulamak hakime ait bir görevdir. Bir uyuşmazlıkta hakların yarışması kapsamında birden fazla hukuk kuralının uygulanması sözkonusu olduğunda, tarafın en lehine olan hükmün uygulanması gerekir.

Türkiye tarafından onaylanan uluslararası sözleşmeler Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca iç hukuk kuralı haline geleceğinden, hakimin bu kuralları da Türk Hukuku kapsamında uygulaması gerekir.

4. Uluslararası Sözleşmeye Üstünlük tanınmasında:

Dinlenme hakkına ilişkin Anayasa'nın 50, Avrupa Sosyal Şartı'nın 2 maddeleri ile 3999 sayılı kanunla kabul edilen ve iç hukuk normu haline gelen, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine çalışanların yasalardan doğan haklarının ödenmesini

öngören 158 nolu uluslararası sözleşme hükümleri, üst norm olup, davacı işçiye iş sözleşmesi sonunda kullandırılmayan izinleri karşılığı ücretin ödenmesini gerektirmektedir. Zira Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca İş Kanunu ile 5947 sayılı kanunun aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyumsuzluğun çözümünde bu hükümler esas alınmalıdır(Yar. 9. Hukuk Dairesi 04.02.2013 gün ve 2012/2770 Esas, 2013/4106 Karar).

Anayasamızın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşme kurallarına uygulamada yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği haiz bulunmaktadır(Yar. HGK. 12.06.2013 gün ve 2012/10-1618 Esas, 2013/821 Karar, Y. HGK. 21.01.2015 gün ve 2014/10-1007 Esas, 2015/552 Karar).

960 yılında Türkiye tarafından onaylanan 94 sayılı Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik Sözleşmenin hükümlerine göre kamudan iş alan işverenler, çalıştırdıkları işçilere, sendika üyesi olup olmadıklarına bakmaksızın, işkolunda geçerli olan toplu iş sözleşmesindeki hakları uygulamak zorundadır(Yargıtay 9. HD. 24.02.2014 gün ve 2014/4562 Esas, 2014/5643 Karar).

III. Doktrin Görüşleri:

1. Asıl-alt işveren, muvazaa ve işçilik temini:

Kamudaki hizmet alımı sözleşmelerinin bir kısmının asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenlerken diğer bir kısmının geçici işçi teminine yönelik olduğu bilinmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kabakcı, “Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, Ankara 2011, s. 85 vd.). Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ile asıl işveren alt işveren ilişkisi arasındaki fark açıktır: Alt işveren tarafından üstlenilen bir işin yürütülmesi olup, alt işveren kendi işçilerini, emir ve talimatı altında, aynı zamanda asıl işverenin de işyeri olan aslında ayrı bir işyeri olarak değerlendirilen işyerinde çalıştırır. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçi rızasıyla bir başka işverenin emir ve talimatı altında çalıştırılmaktadır. Sürekli işverenin taahhüdü sözleşmeye uygun nitelik ve sayıda işçi temininden ibarettir. İşçi doğrudan geçici işveren olarak adlandırılan işverenin emir ve talimatı doğrultusunda iş görür (Kabakcı, “Hizmet Alım Sözleşmeleri”, s. 88-89).

Bu iki kurum teorik olarak birbirinden farklı olsa da pek çok halde biri diğeri yerine rahatlıkla kullanılabilir nitelikte iki kurumdur. Kamuda hangi hizmet alım sözleşmelerinde işin devri değil de baştan itibaren işçi temininin amaçlandığı konusunda tespitite bulunabilmek son derece güçtür (Kabakcı, “Hizmet Alım Sözleşmeleri”, s. 104). Üstelik alt işverenlik oldukça sıkı biçimde düzenlenmişken, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine dair bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Biri diğeri yerine kullanılabilen bu iki kurumun tutarlı bir yasal düzenlemeye kavuşturulması gereği açıktır.

Muvazalı bir hukuki işlemde üçüncü kişilere karşı yapılmış görünüşte bir hukuki işlem mevcuttur. Muvazaalı alt işverenlik uygulamalarında asıl işverenle alt işveren arasında gerçekte bir iş ilişkisi (örneğin alt işverenin daha önce asıl işverenin işçisi olması halinde) veya bir başka ilişki (örneğin işçi temini) bulunabilir. İşçi temini sözleşmeleri muvazaalı alt işverenlik olarak nitelendirilebilmektedir çünkü görünüşte bir mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl iş veya yardımcı işin verildiği bir alt işverenlik ilişkisi, gerçekte meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden ibaret olabilmektedir (Yenisey, Kübra. 2013 Kararları Değerlendirme Tebliğinden).

4857 Sayılı Kanunun öngördüğü gerçek anlamda alt işveren ilişkisinde alt işveren bağımsız ve ayrı bir işverendir. Bu çalışmanın konusuyla ilgili olarak, alt işverenin asıl işverene karşı sorumluluğu, ihale ile aldığı işi kendi işçileri ile yapmaktan ibarettir. Çalıştıracığı işçilerin seçilmeleri, işe alınmaları, kimin hangi konuda görevlendirileceği, ücretlerin tespiti ve ücretlerin ödenmesi, sigorta bildirimleri, sigorta primlerinin ödenmesi, gerektiğinde işten çıkartmalar ve işin sevk ve idaresi tümüyle alt işverene ait olmalıdır (Polat SOYER, ‘4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları’, SİCİL, S.1 (Mart 2006), s.19).

2. Asıl iş yönünden kamuya ayrıcalık getiren düzenlemeler hakkında;

4857 sayılı Kanun’un alt işveren-asıl işveren ilişkisini düzenleyen ilgili maddelerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmış, bazı yasak ve sınırlamalar getirilmiş ve bu yasak ve sınırlamalar ile genel olarak muvazaa hallerinde bu işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacağı belirtilmiştir. Daha sonra da, 5538 sayılı Kanunla eklenen sekizinci fıkra ile 4734 sayılı KİK veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde hizmet alımı yoluyla çalıştırılanların, bu şekilde çalışmalarına dayanarak, bu kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde, boş pozisyonlara atanmaya ve söz konusu işyerlerindeki kadro ve pozisyonlarda çalışanlara toplu iş sözleşmesi ile kanun ve mevzuat hükümlerince tanınan her türlü mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamayacağı belirtilmiştir. Aslında, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesine 5538 sayılı Kanunla eklenen sekizinci fıkra ile, kamu işverenlerinin özel sektör işverenlerine uygulanan sınırlamalara tabi olmaksızın, yüklenicilere (alt işveren) iş verebilmelerine olanak sağlanmak istenmiş, ancak iş alan alt işverenin çalıştırdığı işçilerin mali ve sosyal haklarında bazı kısıtlamalar getirilerek, kamu işverenleri için, farklı ve ayrıcalıklı bir şekilde kamuda işçi istihdam etmenin önü açılmak istenmiştir (N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul: s.45; Süzek, 2012: s.179; ; Fevzi Şahlanan, Uygulamadan Kaynaklanan Sorunların Hukuk Karşısındaki Durumu İş Kanunu Açısından”, İş Kanunu Açısından, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Seminer/Çalıştayı, Kamu-İş Yayını, Antalya, s.125-134 s.135). Bu düzenlemenin daha baştan Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle doktrinde ciddi eleştiriler yapılmaktadır (Bkz. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel

Ayrımcılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:3, Yıl:1, s.86-91). Nitekim konu Anayasa Mahkemesine de götürülmüş ancak bu fıkralara ilişkin yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesi yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir(Anayasa Mahkemesi, 14.01.2010 tarihli E:2007/67, K:2010/1; 03.02.2011 tarihli E:2011/7, K:2011/28).4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesine eklenen bu yeni fıkrada en çarpıcı nokta, hizmet alımına dayanak teşkil edecek şartname ve sözleşmelere konulamayacak hükümlerin düzenlenmesidir. Bu fıkra göre, hizmet alımı ihalelerinde düzenlenecek sözleşme, idari şartname ve teknik şartnamelere; “yüklenicinin kamu kurum ya da kuruluşundan aldığı ihaleyle ilgili işte çalıştırmak üzere istihdam edeceği işçilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin idareye bırakılmasını” ve “aynı kamu kurum ya da kuruluşunda daha önce hizmet alımı sözleşmesiyle veya geçici işçi olarak çalışanların, çalıştırılmaya devam olunması” yönünde hüküm konulmaması gerekmektedir. Bu fıkradaki düzenlemenin a bendi ile, işe alma ve işten çıkarma gibi yetkilerin işverene ait yetkiler olduğu ve bu yetkilerin idareye bırakılması halinde, işçinin çalışmaya başlamasından itibaren, aslında kamu kurum ya da kuruluşunun işçisi sayılacağı gerçeğinden hareket edilerek, işçilik hakları bakımından idare, “işveren” sorumluluğunun dışına çıkarılmak istenmiştir. Söz konusu fıkradaki düzenlemenin b bendi ile de, hizmet alımına ilişkin sözleşme ve şartnamelere daha önce aynı kamu kurum ya da kuruluşunda hizmet alımı yoluyla veya geçici işçi olarak çalışmış işçilerin, yeni hizmet alımında ihaleyi alan yüklenici değişse bile, çalıştırılmasına devam olunacağı yönünde bir hüküm koyulamayacağı belirtilmiştir. Böylece idarenin işverene ait bir yetkiyi kullanmasından dolayı oluşabilecek muvazaanın önüne geçilmek istenmiştir (E. Akyığıt, Kamuda Alt İşverenlik Ve Müttehhte İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:23, Sayı:4, s.1-33 s.18, Ayhan Görmüş. Kamu Kurumlarında Hizmet Alımı Yoluyla İstihdam Edilenlerin Kıdem Tazminatı Sorunu. Çalışma ve Toplum Dergisi. Sayı: 38).

3. Hukuki nitelendirmede;

Taraflar, bildirme zorunlulukları bulunmadığı halde dilekçelerinde bildirdikleri hukukî sebepleri, sonradan her zaman değiştirebilirler. Bu değiştirme, iddianın (davanın) veya savunmanın değiştirilmesi yasağına tâbi değildir (Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. 2. Bası. Ankara s: 372) Kural olarak hakimin uyuşmazlığa uygulayacağı kural yürürlükte olmalıdır. Hakim öncelikle, kamu düzeni ile ilgili emredici kuralları uygulamalıdır. Uygulanacak kuralda, kuralın yorumu ile ilgili kuralları dikkate almalıdır. Uygulanacak kuralı tespit ederken, yorumlarken ve uygularken her bir somut olayın özelliklerini gözетerek hüküm vermelidir(E. Yılmaz. S: 388).

4. Uluslararası Sözleşmeye Üstünlük tanınmasında:

Uluslararası sözleşmenin Anayasa ile uyumlu olması, ancak kanunla çatışması halinde Anayasa’nın 90/son maddesi uyarınca kanun yerine temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne uygun onaylanmış uluslararası sözleşme uygulanmalıdır(M. Altundiş. Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasına eklenen

hükümle birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi? www.yasader.org/web/yasama_dergisi).

94 sayılı uluslararası sözleşme Bakanlar Kurulu kararıyla iş hukuka aktarılmıştır. Bir ciddi devlet anlayışı içinde bu imzaya ve bu karara saygı duyularak gereği yapılmalı taşeron işçisi asgari ücrete mahkûm edilmemelidir. Bunun için ihale mevzuatı bu sözleşmeye uyarlanarak ihaleye çıkarken işçilik maliyetleri asgari ücretten değil sektördeki toplu iş sözleşmelerine göre belirlenmelidir (Çalışma Hayatının Temel Konularına İlişkin Hak-İş Görüş Ve Önerileri. www.hakis.org.tr)

IV. DAVALININ ALT İŞVEREN İLE İMZALADIĞI SÖZLEŞMELER

Davalı ile dava dışı son alt işveren arasında imzalanan ve daha önceki Hizmet alım sözleşmeleri incelendiğinde, “iş olarak Seyitömer Termik Santral İşletme müdürlüğüne ait değirmen bakım, kömür kül ve cüruf nakil tesisleri, mekanik atölye, türbin bakım tesisleri, buhar üretim, sıhhi tesisat, bakım ve onarım hizmetlerinin 145 işçi ile yaptırılmasına dair hizmet alım sözleşmeleridir.

Sözleşmeler incelendiğinde işçi sayısı hep sabit, kısaca 145 kişi hiç değişmemektedir. Sadece sözleşme süreleri yenilenmekte, taşeronlar değişmektedir. Ancak işçi sayısı ve işçiler hep aynıdır. Araçlarda asıl işveren EÜAŞ tarafından temin edilmektedir.

Şartnamede ise alınacak işçilerin tek tek kişi olarak unvanları yazılmıştır.

Her ne kadar dosya içerisinde bazı sözleşmelerin Kamu İhale Kanunu ve 4857 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olduğu gerekçesi ile idari yargıda iptal davası açılmış ise de, kararların dosya üzerinde, işyerinde keşif yapılmadan ve iş hukuku ilkeleri dikkate alınmadan verilmesi nedeni ile davacı açısından bağlayıcılığı yoktur. Bu sözleşmelerin işçilik teminine yönelik olduğu çok açıktır ve bu durum Kamu İhale Kanunu’nun 4 ve genel tebliğin 69. Maddesine aykırıdır.

V. BİLİRKİŞİ TESPİTLERİ:

İşyerinde mahkemece aralarında biri iş hukuku öğretim üyesi, diğerler de öğretim üyesi olan yüksek mühendislerinde bulunduğu 4 kişilik bilirkişi heyetinin tespitleri:

* İşyerinde alt işverenin ücret bordrolarını tutan işçisi dışında diğer işçileri sevk ve idare eden işçisi bulunmadığı, bu kaydı tutanında EÜAŞ tarafından belirlendiği,

(Alt İşverenlik yönetmeliğinin 12/c. Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı kriterine aykırılık, II. A.a. başlığında belirtilen muvazaa kriterine aykırılık) ,

* İşe alan ve çıkarmanın asıl işveren EÜAŞ olduğu,
(4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/9.a maddesine aykırılık)

(Alt İşverenlik yönetmeliğinin 12/c. Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı kriterine aykırılık, II. A.a. başlığında belirtilen muvazaa kriterine aykırılık),

* Davacı ve taşeron şirket işçilerinin asıl işveren EÜAŞ işçileri ile aynı şekilde ve üretimin her bölümünde çalıştıkları,

(Yönetmeliğin 12/e maddesindeki “Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” muvazaa kriterine aykırılık)

* Emir ve talimatı tamamen EÜAŞ tarafından verildiğini, çalışma şartlarının ve yıllık izinlerin EÜAŞ tarafından verildiği

(Alt İşverenlik yönetmeliğinin 12/c. Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı kriterine aykırılık, II. A.a. başlığında belirtilen muvazaa kriterine ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/9.a maddesine aykırılık),

* Taşeronlar değişmesine rağmen, davacı ve işçilerin değişmediği,

(Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12/f ve g bentlerinde belirtilen “Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, ve yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı” muvazaa kriterlerine aykırılık)

* Bu işçilerin bir kısmının asıl işlerde, bir kısmının ise yardımcı işlerde çalıştırıldığı

(Alt İşverenlik yönetmeliğinin 4/c. Maddesine aykırılık),

* Davacı ve alt işveren işçilerinin yapılan iş ve hizmette EÜAŞ araçlarını kullandıkları,

(Alt İşverenlik yönetmeliğinin 12/c. Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı kriterine aykırılık, II. A.a. başlığında belirtilen muvazaa kriterine ve Kamu İhale Kanunu’nun 4. Maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği’nin 69. Maddesine aykırılık)

* İhalelerin hizmet ve iş üzerinden değil işçi sayısı üzerinde yapıldığı,

(Kamu İhale Kanunu’nun 4. Maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği’nin 69. Maddesine aykırılık)

* Sonuç olarak işçi temin edildiğini

(4857 sayılı İş Kanununun 2/6-7, Kamu İhale Kanunu’nun 4. Maddesine aykırılık) ve

* Davacının başlangıçtan itibaren EÜAŞ işçisi olduğu,

VI. Diğer Deliller:

1. Emsal Kararlar:

Kütahya İş Mahkemesinin 2012/150 Esas 2013/288 sayılı, 2012/196 Esas 2013/289 sayılı Kararı, 2014/197 Esas 2014/379 sayılı kararı ve 2014/199 Esas 2014/377 Karar sayılı ilamları ile Elektrik Üretim Santralinde çalışan işçilerin muvazaalı alt işverenlik ilişkisi sebebiyle asıl işveren olan EÜAŞ ın işçisi olduğu, bu nedenle açılan davalarda asıl işveren ile sendika arasındaki toplu iş sözleşmesinden davacının yararlanması gerektiğinden davanın kabulüne ilişkin kararları Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 13/12/2013 tarih 2013/32091 Esas 2013/29048 Karar aynı tarih 2013/32089 Esas 2013/29046 Karar ve 14/05/2014 tarih 2014/11675 Esas 2014/12849 Karar ve aynı tarih 2014/11674 Esas 2014/12848 Karar sayılı ilamları

ile onanmış olup bozma ilamından sonra da santralde çalışan taşeron işçilerin asıl işveren olan EÜAŞ aleyhine açmış oldukları işçilik alacaklarında da muvazaalı alt işveren ilişkisi sebebiyle alacak talebine kabulüne ilişkin kararlar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır.

2. Uzman Görüşleri: (6100 sayılı HMK.un 293. Maddesi kapsamında sunulmuştur)

a) Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ.

Bilimsel değerlendirme ve hukuki mütalaa sonucunda;

* Yargıtay 22nci Hukuk Dairesinin kararında sadece asıl işin verilebileceği yönünde bir hüküm tesis ettiği,

* Eneji üretim işinde, asıl işin alt işverene verilebileceği hükmünün 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanununun 15nci maddesine dayandığı; Oysa 15nci maddenin 14.03.2013 tarihli 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile tamamen yürürlükte kaldırıldığından hukuki olarak bu gerekçeye dayanmanın isabetli olmadığı, aksine yönetmelik ile sınırlamalar getirildiği,

* 6446 sayılı Kanunun, hangi işlerin alt işverene verilebileceği konusunda EPDK kararım öngördüğü; bugüne kadar bu yönde bir karar alınmadığı,

* Kaldı ki yürürlükten kalkan 15nci maddenin, 09.07.2008 tarihli 5784 sayılı Kanun ile değiştirildiği, aynı Kanunla iletim ve dağıtım hizmetlerinde yan hizmetlerin satın alma yoluyla temin edilebileceği hükmünü kaldırması birlikte düşünüldüğünde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tamamen serbest bırakıldığı şeklinde yorumlanamayacağı,

* Kanunla asıl işin alt işverene bırakılmasının serbest olduğu hallerde dahi diğer muvazaalı sebepleri ile denetim yapılabileceği; Uygulamada Yargıtay'ın muvazaalı ilişkiyi “işçi temini” sözleşmesi olarak nitelendirdiği istikrarlı kararlarının bulunduğu,

* Uyuşmazlık konusu olayda da Kütahya İş Mahkemesinin, Yargıtay'ın “işçi temini sözleşmesi” niteliğinde gördüğü muvazaalı sebeplerinin mevcut olduğu

b) Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT.

* Somut olayda da yüklenici diye anılan alt işverenlerin konu hakkında pek bir uzmanlığının bulunmadığı bir yana, bilirkişi heyetinin tespitinden de anlaşılacağı üzere kesinlikle EÜAŞ 'tan daha üstün bir teknolojiye ve donanıma sahip bulunmamaktadır.

* Somut olayımız dahil, kamu kuruluşlarında yaşanan hizmet alımı vs nin de aslında hiç tereddütsüz bir alt işverenlik olduğu açıktır. Bu yüzden de alt işverenliği tanımlayan ve kendi kapsamındaki ilişkilerde kamu-özel kesim işyeri ayırımı yapmaksızın getirilmiş olan İşK.2/6-7 deki alt işverenlik kurallarının geçerlilik taşıyacağı açıktır. Bu noktada kamu işyerleri ve işverenlerine ve onlarla yüklenici adıyla iş yapan alt işverenlerine bir ayrıcalık tanınmış değildir.

* 4628 sayılı Kanun md.15/g hükmündeki isterlerse hizmet alımı yoluyla başkasına bu işi kısmen yaptırabilmeye imkan veren hüküm; sadece ve sadece EÜAŞ'ın isterse elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım işini isterse bizzat kendisinin

yürüteceği ,ama isterse de hizmet alımı yoluyla alt işverenlere de yaptırabileceği anlamındadır. Bundan, EÜAŞ isterse ,İşK.2/6-7 deki koşullar aranmadan asıl işin bir bölümünü keyfince alt işverene yaptırabilir, sonucu çıkmamaktadır. Yani Yargıtay'ın aksine, anılan hükümde İşK.2/6-7 ye getirilmiş bir istisna ve EÜAŞ lehine tanınmış bir imtiyaz öngörülmemiştir. Nitekim Yargıtay'ın aynı dairesinin aynı asıl işverendeki aynı yöndeki-aynı alt işverenliklerde bu yönde verdiği kararları da mevcuttur ve yukarıda sunulmuştur. Aksine tutum, iş hukukunun muğlak düzenlemeler halinde muğlaklığın işçi lehine yorumla aşılacağı öngören «işçi lehine yorum ilkesi»ne de aykırıdır. Kaldı ki, yasada bizzat ve açıkça böyle bir imtiyaz tanınsaydı bile, anılan imtiyaz Anayasanın eşitlik ilkesine ve işçilerin sendikalaşma ve toplu pazarlık hakkına da aykırı olurdu. Keza somut olaydaki yorum ve tutumun konuyla ilgili 94 sayılı UÇÖ Sözleşmesine ve İç mevzuattan olan Genel Esaslar'daki çözüme de aykırı olduğu düşüncesi akla gelmektedir

* Somut olayımızdaki Yargıtay'ın da kabul ettiği olgu; EÜAŞ adlı asıl işverenin asıl işinin bir bölümünü işletme ve işyerine ait gerekler ile teknolojik uzmanlık koşulu gerçekleşmeden alt işverenlere hizmet alımı yoluyla verdiği gerçeğidir. Hal böyle olunca da İşK.2/6-7 de belirtildiği üzere somut olaydaki alt işverenlik muvazaalı ve geçersiz sayılıp, sözde altişveren işçisi olan davacı işçinin baştan beri asıl işveren EÜAŞ işçisi olarak görülmesi nihayetinde de EÜAŞ'taki işletme TİS nin hükümlerinden (yasal olarak gerçekleştirdiği)TİS tarafı işçi sendikasına üyelik yoluyla yararlanması gerekirdi. Davadaki aksi yöndeki kararı veren 22.HD'nin de evvelden beri bu yönde kararları vardı ve bu kararlar isabetliydi. Fakat somut olayımızda Davalı EÜAŞ'ın işçinin üyelik kökenli yararlanma başvurusunu reddetmesi İşK.2/6-7 hükmü ile 6356 sayılı Yasanın TİS den yararlanmayla ilgili hükümlerine(STSK.39) de aykırıdır. Anayasal (AY.10) ve yasal (İşK.5)eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturduğu açıktır. Aynı şey 22.HD'nin bu tutumu onayarak, kanımca isabetli olan yerel mahkeme kararını bozması bakımından da sözkonusudur.

* Dolayısıyla yukarıda anılan gerekçelerle davacı işçinin davalı asıl işveren EÜAŞ'taki işletme TİS hükümlerinden sendika üyeliğinin EÜAŞ'ne bildirildiği tarihten beri yararlandırılması ve talep ettiği işçilik haklarının ödenmesine karar verilmesi gerekirdi. 22.HD'nin hukuki temelden yoksun gerekçelerle buna itibar etmeyen bozma kararı isabetli değildir.

* Somut olayımızda İşK.2/8-9 daki hükmünse kamu işyerlerine bir imtiyaz getirmediği, zaten öğreti ve uygulamanın benimsediği bir çözümdür. 22.HD'de bunu tartışmaya bile değer görmemiştir ve bu tutum isabetlidir.

VII. GEREKÇELER:

1. Yüksek Yargıtay 22. HD. Gerekçesi:

“Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı ile dava dışı alt işverenler arasında geçerli ya da muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi olup olmadığı ve buna bağlı olarak davacının başından itibaren davalı işçisi sayılması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, "...Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez..." denilerek alt işverenlik ilişkisinde muvazaaya bağlanan hukuki sonuç açıklanmıştır.

Alt işveren; bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren alanlarda iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımlamalara göre asıl işveren - alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir.

Diğer taraftan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesinde "Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler" denilmiştir.

Seri halinde incelenen dosyalarda davalının elektrik üretim görevini yapan kamu tüzel kişisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanmasında kuşku yoktur. Sözü edilen düzenleme ile asıl işin tamamı ya da bir kısmı 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebilir. Bu durumda sadece 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrası ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesinde muvazaaya denetimi yapılabilir. Dairemizce ilk defa 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesi konu kapsamında değerlendirilmiş olup, somut olayda davalı ile alt işverenler arasındaki ilişkinin hukuken geçerli olarak kurulduğu ve muvazaalı olmadığı sonucuna varılmıştır. Nitekim Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de önüne gelen benzer bir dava da aynı neticeye ulaşmıştır (Yarg. 7. HD., 2013/23916 esas, 2013/22377 karar sayılı karar). Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçisi asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Bu itibarla, alt işverenin işçisi olan davacının davalı asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan alacak isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

2. Yerel mahkeme direnme gerekçesi:

"Seri dava dosyaları açılmadan ilk önce açılan bu 4 dava dosyasında davanın kabulüne karar verilmesi üzerine Yargıtay tarafından verilen onama ilamı tarihinde

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bozmaya konu teşkil eden 2013/23916 Esas 2013/22377 sayılı Kararı da yürürlükte olmasına rağmen bu kararlar ve daha önceden EÜAŞ aleyhine açılan muvazaaya dayanan işçilik alacakları talepleri 4857 sayılı yasanın 2. Maddesinin 7. Fıkrası ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19. Maddesi çerçevesinde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından muvazaa denetimi yapılarak muvazaa olgusu bulunduğu davalı işveren yönünden tespit edilmiş ve kesinleşmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 4628 sayılı yasanın 15. Maddesine dairece ilk defa uygulanarak verilen bozma kararında aynı daire tarafından aynı olaya ilişkin onama kararları dikkate alındığında hukuki güvenilirlik ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin "sürpriz karar verme" yasağı çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü aynı durumda aynı işyerinde çalışan taşeron işçilerinin asıl işveren olan EÜAŞ aleyhine açmış oldukları gerek işçilik alacakları gerekse işyerinde uygulanan sendika ile asıl işveren arasındaki toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğine ilişkin davalarda asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu İş Kanunu ve Borçlar Kanunun hükümleri çerçevesinde tespit edilmiştir. Gene bozmaya teşkil eden 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. Maddesinin g bendi 14/03/2013 tarihli 6446 sayılı yasayla yürürlükten kaldırılmış ve bu yeni yasal düzenlemenin 22. Maddesi gereğince hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılabilceğinin kurul tarafından belirleneceği düzenlenmiş ve 02/11/2013 tarihinde düzenlenen Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 48. Maddesi açık bir şekilde elektrik açma kapama ve sayaç okuma faaliyetlerinin alt işverene verilemeyeceği, verilmesinin kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. Maddesinin g bendi 4857 sayılı yasanın 2/7 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19. Maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12. maddesine göre, Muvazaanın incelenmesinde özellikle;

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

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

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

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

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

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

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

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

İşyerinde yapılan keşiflerde, Yönetmelikte özellikle belirtilen bu hususlar göz önünde bulundurularak değerlendirmeler yapılmış ve işyerinde alt işverenlere verilen işlerin asıl işlerden olduğu; asıl işin alt işverenlere verilmesi için uzmanlık koşulunun bulunmadığı; alt işverenin işyerinde asıl işverenden bağımsız bir organizasyona sahip olmadığı; alt işveren işçilerinin işyerinin asıl işlerinde çalışmakla birlikte, alt işverenlerin işyerinde yürütülen işe, yani işyerinin teknik amacı olan kömürden elektrik üretimine dair herhangi bir bilgi ve deneyime sahip olmadıkları; alt işveren ve asıl işveren işçilerinin aynı bölümlerde aynı işleri birlikte yaptıkları; alt işverenlik sözleşmelerinin Termik Santralin personel ihtiyacını gidermek amacıyla yapıldığı; bununla hem alt işveren işçilerinin İş Hukuku ve Toplu İş Hukukundan doğan haklarını kısıtlamak, hem İş Hukukunun öngördüğü yükümlülüklerden kaçınma amacı taşıdığı, asıl olarak daha düşük maliyetle işçi temininin amaçlandığı, dolayısıyla da kurulan alt işverenlik sözleşmelerinin muvazaalı olduğu kanaatine varılmıştır.

Şöyle ki, dosya kapsamındaki belge, bilgi ve tanık beyanları neticesinde alt işveren işçilerinin büyük çoğunluğu termik santral işyerinin asıl işlerinden olan dış tesisler bakım, değirmen bakım, türbin bakım, buhar kazan bakım, elektrik bakım, motor bakım, mekanik atölye, ölçü kontrol, teknik temizlik işlerinde uzun yıllar değişen alt işverenler nezdinde çalıştıkları anlaşılmıştır. Hizmet alım ihaleleri ile temin edilen işçiler, EÜAŞ personeli tarafından işyerinin bölümlerindeki işgücü ihtiyacına ve bu işçilerin meslek ve tecrübelerine göre işyerine dağıtılmaktadır. İşyerinin bu sayılan asıl işlerinin görülmesi konusunda alt işveren şirketlerin bir deneyimi olmadığı gibi, işyerinde buna dair bir organizasyonları da bulunmamakta, sadece hakedişlere esas puantajların tutulması ve hakedişlere ilişkin işlemlerin yapılması için işyerinde bir personel görevlendirmektedir (hatta bu personel, hizmet alım sözleşmesinin konusu olan işçiler arasından seçilmekte, bu personelin kim olacağı dahi EÜAŞ personeli tarafından tespit edilmektedir). Bu nedenle işyerinde görevlendirilen alt işveren işçileri, EÜAŞ'ın mühendis ve ustabaşlarının gözetim ve denetim ve talimatları altında iş görmektedirler. Farklı bir ifade ile işyerinde alt işverenin, işçilere emir ve talimat verecek personeli bulunmadığı gibi buna ilişkin bir uzmanlığı ve organizasyonu da yoktur. İşçilerin tüm kontrolü EÜAŞ'ta olup, emir ve talimatlar EÜAŞ personeli tarafından verilmektedir. Bu işçilerin puantajları da EÜAŞ ustabaşları tarafından tutulmakta, alt işveren şirketin tuttukları ile bir uyumsuzluk söz konusu olursa EÜAŞ personelinin kayıtları esas alınmaktadır. Bu işçilerin izinleri de EÜAŞ personeli tarafından planlanmakta ve verilmektedir. Alt işveren şirket sadece gerekli yasal işlemleri yapmaktadır. Davacı işçiler uzun süredir aynı işyerinde aynı veya benzer işlerde çalışmakta olup, alt işverenler değişse de

işçiler aynı kalmaktadır. Zira tanık beyanlarında da belirtildiği üzere, termik santral işyerindeki asıl işe dahil teknik işlerde uzmanlık ve deneyim önemli olduğundan, uzun yıllar bu işlerde çalışmış taşeron işçileri değiştirilmemekte, ihaleyi alan firma değişse de çalışan işçiler EÜAŞ'ın talebi gereği değişmemektedir. İşçinin işten çıkartılması da yine EÜAŞ'ın kararıyla ve talebiyle olmaktadır. Zira tanık beyanlarında da ifade edildiği üzere, bir işçinin yeni hizmet alım ihalesine dahil edilmemesi veya işyerinde huzursuzluk çıkarması nedeniyle işten çıkartılması istendiğinde bu karar EÜAŞ personeli tarafından verilmekte alt işveren şirket sadece bu kararı uygulamaktadır. İşyerinde alt işveren ve asıl işveren işçileri aynı işlerde birlikte çalışmakta, aynı yemekhanede EÜAŞ tarafından sağlanan yemeği yemekte, aynı soyunma odalarını kullanmaktadırlar. İşyerindeki tüm tesis ve malzeme EÜAŞ'a ait olup, alt işverenlerin kullanacağı malzemeler de EÜAŞ tarafından verilmektedir. İhaleler işçi sayısı üzerinden yapılmakta, bu işçilerin hangi işleri göreceği sözleşmelerde yazılı olduğu gibi, işin alınmasından sonra EÜAŞ tarafından da belirlenebilmekte, EÜAŞ ihtiyacı doğrultusunda hizmet alım adıyla temin ettiği işçileri işyerinin asıl veya yardımcı işçilerinde görevlendirmektedir.

Hizmet alım ihaleleri ile işe alınan işçilerin bir kısmı asıl işlerde çalıştırılırken bir kısmı da sosyal tesis, yemekhane, büro, idare, inşaat veya marangozhane gibi bölümlerde görevlendirilmektedir. Hangi işçilerin hangi bölümde çalışacağı da büyük ölçüde EÜAŞ personeli tarafından belirlenmektedir. Bu işlerin görülmesinde de alt işverenin bir organizasyonu ve işin yönetimi için görevlendirdiği personeli bulunmayıp, tüm emir ve talimatlar EÜAŞ personeli tarafından verilmekte olup, işçiler EÜAŞ personelinin gözetim ve denetiminde çalışmaktadırlar. Bu işçilerin haftalık çalışma süreleri, hafta tatilleri, yıllık izinleri tamamen EÜAŞ personeline planlanmaktadır. Dolayısıyla bu işlerin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan işgücünün sağlanması amacıyla yapılan hizmet alım sözleşmelerinin altında yatan kamunun kendi personel rejimi içerisinde işe alamadığı işçiyi farklı bir işlemle temin etmesidir. Diğer bir ifadeyle hizmet alım ihalelerinin esas amacı işçi teminidir. Bu itibarla hizmet alım sözleşmeleri ile kurulan asıl işveren alt işveren ilişkileri muvazaalı olup, işçi temini amacıyla yapılan işlem muvazaalı olduğundan bu işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilmesi gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine dayanan kararımız Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 23.06.2014 tarih E.2014/14983, K.2014/18510 sayılı ile bozulmuştur. Yüksek Mahkeme bozmaya 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. Maddesini dayanak almıştır. Söz konusu Kanunun 15. Maddesine göre, “Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler” denilmiştir. Yüksek Mahkeme davalı EÜAŞ'ın elektrik üretim görevini yapan kamu tüzelkişisi olmasından hareketle 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanması

gerektiğine ve sözü edilen düzenleme ile asıl işin tamamı ya da bir kısmı 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebileceğine karar vermiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı Kanun ile önemli değişikliklere uğramış Kanunun adı, “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiş ve bozma kararına gerekçe gösterilen Kanunun 15. Maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

Dava konusu alt işverenlik ilişkilerinin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. Maddesi “Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler” hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm 4628 sayılı Kanuna 09.07.2008 tarih ve 5784 sayılı Kanun ile eklenmiş bir fıkradır.

Bununla birlikte 4628 sayılı Kanunun 15. Maddesine g fıkrası olarak eklenen hüküm, EÜAŞ tarafından işçi temin etmek amacıyla yapılan hizmet alım sözleşmelerinin 4857 sayılı İş K. md.2 anlamında muvazaalı olmadığına dayanağı yapılamaz. Şöyle ki, davalı EÜAŞ bir kamu tüzel kişisidir ve işçi çalıştırmak dolayısıyla işveren sıfatına sahip olup, İş Kanunu ve ilgili mevzuatın öngördüğü kurallara tabidir. 4857 sayılı Kanunun 4. Maddesi istisnalar dair olup, EÜAŞ ve/veya gördüğü işler bu istisnalar arasında sayılmamıştır. O halde İş K. md.1/f.2’de belirtilen “Bu Kanun, 4 üncü Maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” hükmü gereğince EÜAŞ da İş Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan mevzuata tabidir. Bu itibarla İş Kanununun alt işverenlik ilişkilerini sınırlandıran ve muvazaa yaptırımına bağlayan 2. Maddesi hükmü koşulsuz bir şekilde EÜAŞ ile alt işverenler arasında kurulan ilişkilere de uygulanacaktır. Üstelik İş K. md.2’de alt işverenliğe ilişkin düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkan vermemektedir. Kamu ve özel sektör işverenleri ile kurulmuş olsun tüm alt işverenlik ilişkileri İş Kanununun işçiyi koruma amacı kapsamında belirli koşullara ve sınırlamalara tabi tutulmuştur.

Kanun koyucu alt işverenlik ilişkilerinin işçilik haklarının sınırlandırılması, onların bireysel veya toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmalarının engellenmesi amacıyla uygulamada sıklıkla kötüye kullanıldığını tespit ettiği ve bu kötüye kullanmaları ve hak ihlallerini önlemek amacıyla İş K. md.2’de alt işverenlik ilişkilerini sınırlandırmış ve buna aykırı halleri muvazaa yaptırımına bağlayarak, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem göreceğini belirtmiştir. Kanun koyucunun burada işçiyi koruma amacıyla olduğu açıktır. İş Kanununun işçiyi korumaya yönelik bu amacı açıkça ortadayken, başka bir kanun yoluyla bu amacın boşa çıkarılması, dolanılması hukuken mümkün

olmaz. Başka kanunların alt işverenlik ilişkisine ilişkin düzenlemeleri İş Kanununun işçiyi korumayı amaçlayan hükmüne aykırı olarak yorumlanamaz; kimi işverenlere kanunun öngördüğü sınırlamalar olmaksızın serbestçe alt işverenlik ilişkisi kurma imkanı tanıyacak bir anlam verilemez.

Burada iki Kanunun hükmünün çatıştığı kabul edilse bile iş hukukuna ilişkin bir uyumsuzlukta alt işverenliğe ilişkin İş K. md.2 hükmünün özel hüküm olarak uygulama önceliğine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir. Elektrik Piyasası Kanunu md.15/g hükmü elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişilerine, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilmesi imkanı tanımaktadır. Elbette ki, EÜAŞ bu hüküm kapsamında faaliyet konusu işlerin bazılarını gerekli hallerde tabi olduğu ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alım sözleşmesi ile üçüncü kişilere gördürebilir. Ancak kamu tüzel kişisi olarak EÜAŞ'a bu yetkinin verilmiş olması onun, İş K. md.2'de öngörülen sınırlandırmalar söz konusu olmaksızın alt işverenlik ilişkileri kurabileceği, ihtiyacı olan personeli hizmet alım sözleşmeleri ile temin edebileceği, bu şekilde bir personel rejimi uygulayabileceği anlamına gelmez. Üstelik böyle bir kabul, dayanak olarak alınan Elektrik Piyasası Kanunu hükmünün kısa bir süre yürürlükte kalması dolayısıyla da mümkün olamaz. Çünkü aksi takdirde Kanun koyucunun geçici bir süreyle EÜAŞ'a muvazaalı alt işverenlik ilişkileri kurma konusunda yetki verdiği anlamına gelir ki, bunun da hukuk güvenliği ve eşitlik ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir. Bu sebeple de Elektrik Piyasası Kanunu md.15/g hükmüne, Yargıtay kararında olduğu gibi EÜAŞ'a İş K. md.2'de öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverenlik ilişkileri kurma imkanı tanıdığı şeklinde bir anlam verilemez.

Üstelik somut olayda EÜAŞ ile alt işverenler arasında yapılan hizmet alım sözleşmeleri, belirli bir işin bir başkasına yaptırılması amacına yönelik değildir. Nitekim hizmet alım sözleşmeleri incelendiğinde de görüleceği üzere belirli sayıdaki işçinin teminine yöneliktir. Zira bu yolla EÜAŞ kendi bünyesinde ihtiyaç duyduğu, ancak kamu personel rejimi dolayısıyla bizzat istihdam edemediği işgücünü temin etmeye çalışmaktadır. İş üstlenen alt işverenlerin işyerinde bu işin yapılmasına ilişkin bir iş organizasyonu olmadığı gibi, bir termik santralde elektrik üretilmesi ve bu termik santralin bakımında ilişkin herhangi bir tecrübe ve donanıma sahip değildirlir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, işi nerede, ne şekilde görüleceği EÜAŞ tarafından belirlemede, hizmet alım sözleşmeleri ile temin edilen işçilerin hangi birimde çalışacakları EÜAŞ yetkilileri tarafından belirlenmekte, işin görülmesine ilişkin emir ve talimat sadece EÜAŞ işveren vekillerince verilmektedir. İşçilerin çalışma ve dinlenme süreleri EÜAŞ tarafından belirlenmekte, işe alma ve çıkarma yetkisini de EÜAŞ kullanmaktadır. Alt işverenlerin işyerinde sadece hak ediş işlemlerini yapmak ve işvereni temsil etmek üzere bir yetkilisi bulunmakta, bu kişi de işin yürütümüne karışmamaktadır.

Somut olayda işçilerin alt işverenler değişse de işyerinde çalışmaya devam etmekte olmaları ve işçilerin davalı işyerinde alt işverenler değişmesine rağmen uzun süredir işyerinde ve aynı işlerde çalışmaları ve bu işlerde uzmanlaşmaları da, amaçlananın Elektrik Piyasası Kanunu md.15/g hükmü kapsamında başka bir işverene bir işin yaptırılması olmadığı, kamu personel rejimi dışında işçi temin edilmesinin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Şu halde Elektrik Piyasası Kanunu md.15/g hükmü EÜAŞ'a faaliyet konusu bir işi hizmet alım suretiyle yaptırma imkanı verse de, bu ancak İş Kanunu hükümlerine uygun olmak kaydıyla geçerlidir. İş K. md. 2'de yer alan “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi” koşulu ve hükümde öngörülen muvazaa kriterleri EÜAŞ tarafından ihale suretiyle yaptırılan işlerde de uygulama alanı bulacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere somut olayda Elektrik Piyasası Kanunu md.15/g hükmü anlamında bir işin yaptırılması değil; işçi/işgücü temin edilmesi söz konusudur.

VII. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

Asıl olan işverenin asıl işlerini kendi işçileri ile yürütmesidir. Bu ilke Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11/2 maddesinde “İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır” düzenlemesi ile açıkça belirtilmiştir.

Alt işveren uygulaması atipik istihdam türü olup esneklik ilkesinin getirdiği bir çalışma biçimidir. Atipik olması nedeni ile istisnai olarak uygulanması gerekir. Zira İş Hukukunda istisna getiren, sınırlayan hükümlerin dar yorumlanması esas bir ilkedir.

Asıl-alt işveren ilişkisinde kural olan alt işverenin iş organizasyonu kapsamında aldığı hizmetti, kendi araçları ve işçisi ile yürütmesidir. Üstlendiği hizmetin süresi bitince de araç ve gereçlerini, işçiler dahil almalı ve gitmelidir.

Tüm bu normatif düzenlemelere, Yüksek Yargıtay uygulamasına, Doktrin düşüncesine, delillere ve gerekçelere göre değerlendirme yaptığımızda;

1. Davalının alt işverenlere verdiği hizmet asıl iş midir? İşçilik temini midir?

Bu sorunun ve tartışmanın cevabı çok açıktır. Verilen iş; ne asıl, ne de yardımcı iştir. Yerel mahkeme, Yargıtay emsal uygulamasına göre işyerinde keşif yapmış, bilirkişiden rapor almış, açık ve seçik olarak muvazaa kriterlerini ortaya koymuş, işçilik temini olduğunu saptamıştır. Yukarıda tespitlerde belirtildiği gibi işverenin alt işverenlik uygulaması, 4857 sayılı İş Kanunu 2. Maddesinin 6, 7, 8 ve 9 fıkralarına, Alt İşverenlik yönetmeliğinin 4,5 maddelerine, Kamu İhale Kanunu'nun 4 ve Genel Tebliğin 69. maddelerine aykırıdır. Aynı maddeler yanında, yönetmeliğin 12. Maddesi ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca muvazaa kriterleri açıkça belirlenmiştir. Bu tespit yukarıda belirtilen normatif düzenlemelere, Yüksek Yargıtay'ın emsal kararlarına, doktrin görüşlerine uygundur. Bu nedenle kamu tüzel kişisi olarak kanunla asıl işin verilmesinin, işçilik temini olması karşısında hiçbir önemi yoktur.

Yüksek Genel Kurulun incelemesinden geçen ve bu dosyanın incelenmesi sırasında emsal karar olan 07.05.2014 gün ve 2013/9-1792 Esas, 2014/584 Karar sayılı kararı da bu kapsamda değerlendirmek gerekirse;

Emsal dosyada asıl işveren özel sektör de faaliyet gösteren bir A.Şirket, alt işveren ise yükleme ve boşaltma işleri yaptırılan bir şirkettir. Bu olayda alt işveren işçileri alt işverenin faaliyet alanında örgütlü sendikaya üye olduktan sonra çıkarılmışlardır. Yükleme ve boşaltma olan yardımcı işte çalışan alt işveren işçileri asıl işverenin, işkolunda yetkili ve sözleşme imzalayan sendikaya üyelikleri bulunmamaktadır.

Yüksek 9. Hukuk Dairesi ile Yüksek 22. Hukuk Dairesi asıl-alt işveren arasındaki yardımcı iş verilmesine rağmen, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi kapsamında ve genel muvazaa kriterleri gereği muvazaalı olduğunu kabul etmiş ve davacıların başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olduğuna hükmedilmiştir. Ancak işçilerin asıl işverenin taraf olduğu Toplu İş sözleşmesinden yararlanmasında Daireler arasında görüş ayrıklığı olmuş, Yüksek 9. Hukuk Dairesi asıl işverenin taraf olduğu sendikaya üye olmadığından yararlanamayacağına karar verirken, Yüksek 22. Hukuk Dairesi muvazaalı işlemin tarafı olması ve dürüstlük ilkesinden hareketle sendika üyesi olmayan işçiyi Toplu İş sözleşmesinden yararlandırmış ve Yüksek Hukuk Genel Kurulu da 22. Hukuk Dairesi kararı doğrultusunda görüş bildirmiştir.

İncelediğimiz dosyada ise muvazaa kriterleri somut olarak mahkemece ortaya konmuş, işçilik temini olduğu saptanmıştır. En önemlisi de davacılar davalı asıl işverenin taraf olduğu sendikaya üye olmuşlar ve sözleşmeden yararlanmak için başvurmuşlardır.

Hukuk önünde kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi arasında ayırım yapılamaz. Kamunun kendi koyduğu kurallara öncelikle uyması gerekir. Aksi durum “herkese kanun önünde eşittir” şeklindeki Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen kuralına aykırı olur.

2. Peki ikinci soruna gelelim. Bir an için çoğunluk görüşü gibi işçilik temini olmadığını, muvazaa da olmadığını varsayarsak; asıl iş ise 2008 yılında getirilen yasal düzenleme ile kamu iştiraki olan, ancak özel hukuk hükümlerine tabi olan davalının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesinde asıl işin bölünerek verilmesinin kirteri olan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” sınırlamaya tabi olacak mıdır? Olmayacak mıdır?

Yüksek 22. Hukuk Dairesinin çoğunluk görüşü ile benimsen tek gerekçesi davalı kamu iktisadı teşebbüsüne 2008 yılındaki düzenleme ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. Maddesinin g bendi uyarınca “Elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri, gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler” denildiği, seri halinde incelenen dosyalarda davalının elektrik üretim görevini yapan kamu tüzel kişisi olduğu anlaşıldığı, bu sebeple 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan

yararlanmasında kuşku olmadığı, sözü edilen düzenleme ile asıl işin tamamı ya da bir kısmının 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebileceği” yönündeki gerekçesidir.

Yüksek 22. Hukuk Dairesinin bozma kararını yer almamasına rağmen görüşmelerde benzer düzenlemelerin, 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nda yer aldığı belirtilmiştir.

Öncelikle bu düzenlemelerde yer alan hizmetler, kanunda açıkça sayılmıştır. Oysa davalı Anonim Şirketi’ne hizmet alımı için kural düzenleyen 15/g maddesinde açıkça gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler” kuralına yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Belediyeler ve PTT Genel Müdürlüğü kamu hukuku hükümlerine tabi olup norm kadro uygulamasına takılmakta, norm kadro nedeni ile fazla işçi çalıştıramadığından, hizmet alımı yolu ile yasal olarak açıkça hizmetler ve koşulları belirtilerek alt işveren uygulamasına olanak tanınmaktadır. Ancak Belediye ve PTT’de olsa 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 ve genel muvazaa kriterlerine göre bir hukukilik denetimi yine yapılmakta ve asıl-alt işveren ilişkisinin unsurları bulunmadığı veya muvazaaya dayandığı tespit edildiği takdirde, kısaca işçi temini amacı ile yapılmış ise bu sözleşmeler de geçersiz kabul edilmektedir.

Oysa davalı EÜAŞ özel hukuk hükümlerine tabi, norm kadro uygulaması bulunmayan kamu kuruluşuna bağlı bir iştiraktır. Zaten kanunda 2008 yılındaki düzenleme ile gerekli görülmesi halinde alt işveren uygulaması yolu ile hizmet alımına izin vermektedir. Gerekli görülme ve koşullar ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun getirdiği sınırlamalara göre belirlenmelidir.

Keza, davalının aynı zamanda 4857 sayılı İş Kanununa 5538 sayılı kanunla 2. Maddesine 8 ve 9. Fıkralar olarak eklenen kurallar gereği de asıl işi verebileceği, bu nedenle sınırlamalara tabi olmayacağı bozma gerekçesinde olmamasına rağmen belirtilmiştir. 8 ve 9 fıkralar, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. Maddesinin 6 ve 7 bentlerinden belirtilen sınırlamaları kaldırmamaktadır. Bu fıkralar malumun ilanından başka bir şey değildir. Bu maddelerin Anayasa’ya aykırılık iddiası, tamamlayıcı ve diğer sınırlamaları kaldırmadığı belirtilerek yetkisizlik gerekçesi ile reddedilmiştir. Yargıtay’ın emsal uygulaması da bu yukarıda belirtilen içtihatlar ışığında bu yöndedir. Mahkemenin; “4628 sayılı Kanunun 15. Maddesine g fıkrası olarak eklenen hüküm, EÜAŞ tarafından işçi temin etmek amacıyla yapılan hizmet alım sözleşmelerinin 4857 sayılı İş K. md.2 anlamında muvazaalı olmadığının dayanağı yapılamaz. Şöyle ki, davalı EÜAŞ bir kamu tüzel kişisidir ve işçi çalıştırmak dolayısıyla işveren sıfatına sahip olup, İş Kanunu ve ilgili mevzuatın öngördüğü kurallara tabidir. 4857 sayılı Kanunun 4. Maddesi istisnalara dair olup, EÜAŞ ve/veya gördüğü işler bu istisnalar arasında sayılmamıştır. O halde İş K. md.1/f.2’de belirtilen “Bu Kanun, 4 üncü Maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” hükmü gereğince EÜAŞ da İş Kanunu ve bu

Kanuna dayanılarak çıkarılan mevzuata tabidir. Bu itibarla İş Kanununun alt işverenlik ilişkilerini sınırlandıran ve muvazaa yaptırımına bağlayan 2. Maddesi hükmü koşulsuz bir şekilde EÜAŞ ile alt işverenler arasında kurulan ilişkilere de uygulanacaktır. Üstelik İş K. md.2’de alt işverenliğe ilişkin düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkan vermemektedir. Kamu ve özel sektör işverenleri ile kurulmuş olsun tüm alt işverenlik ilişkileri İş Kanununun işçiyi koruma amacı kapsamında belirli koşullara ve sınırlamalara tabi tutulmuştur.” gerekçesi yerindedir.

Asıl işin verilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir neden olmalıdır. Davalı EÜAŞ asıl işin bölünerek verilmesi için teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kriteri ortaya koyamamış, kısaca yasadaki “gerekli görülme halini” açıklayamamıştır. Alt işverenlik sözleşmesinde verilen birden fazla asıl işle ilgili dava dışı alt işverenin uzman olmadığı saptanmıştır. Zaten bu işlerin bir kısmının faaliyet alanına girmediği de anlaşılmaktadır.

3. Bir an için yasa kapsamında verilen işin sınırlamalara tabi olmadığını varsayarsak; Belirtilen sınırlamaya tabi değil ise olayda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/7 maddesi ile BK.’nın 19. Maddesindeki muvazaa kriterleri, davalının alt işverenlik sözleşmesinde var mıdır? Yok mudur?

Yüksek Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, asıl iş verilse bile 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 7. fıkrası ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 19. maddesi çerçevesinde muvazaa denetimi yapılabileceğini bozma gerekçesinde belirtmiştir. Asıl veya yardımcı işin yasal kurallar kapsamında 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2 ve belirtilen özel mevzuattaki düzenlemelere göre asıl işin verilebileceği durumlarda, bu denetimin yapıldığı yönündeki gerekçe doğrudur. Ancak yerel mahkemenin değerlendirmesi ve gerekçesi bu denetimi de yaptığını, alt işverenlik sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun 19. Maddesindeki genel muvazaa kriterlerine de aykırı olduğunu göstermektedir. Bu muvazaa ve işçilik teminin kriterleri gerekçe de açıkça belirtilmiştir. Mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesine hiçbir gerekçe gösterilmemiş, emsal onanan dosyalardan sonra neden içtihat değiştirildiği de bozma gerekçesinde belirtilmemiştir.

Davalı şirkete asıl işi verebileceğine ilişki kural 2008 yılında, İş Kanunu’nun 2. Maddesinin 8 ve 9 fıkraları ise 2006 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak davacı ve diğer dava açanlar bu tarihten çok önce işe girmişler ve sürekli alt işverenleri değiştirmiştir. Zaten davacı bu yasalardan önce yukardaki normatif hükümler uyarınca başlangıçtan beri davalının asıl işçisi konumuna gelmiştir. Somut olarak bu tespit dahi alt işverenlik sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/7 maddesinde muvazaa karinesi olarak gösterilen “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz” kuralının ihlalidir. Zira davacı yasalardan önce asıl işveren işçisi olmuştur. Yasalar çıktıktan sonra, daha sonraki sözleşmelerle alt işveren işçisi olarak çalıştırılması, anılan

hükme, aynı maddenin 9.b fıkrasına, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4,5 ve 12. Maddelerine aykırıdır.

4. 94 sayılı BİR AMME TARAFINDAN YAPILAN MUKAVELELERE KONULACAK ÇALIŞMA ŞARTLARINA MÜTEALLİK SÖZLEŞME olan İLO Sözleşmesinin uyuşmazlıkta uygulanmalı mıdır? Uygulanmamalı mıdır?

Uyuşmazlığın görüşmeleri sırasında davacıların buna dayanmadıkları, muvazaa olgusuna dayandıkları, bu nedenle uygulanamayacağı çoğunluk görüşü olarak dile getirilmiştir.

Anılan sözleşmenin iç hukuk normu haline geldiği ve Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca Anayasa'ya uygun olduğu, ancak yukarıda belirtilen kanunlara aykırılık taşıdığı sabittir. Bu uluslararası sözleşme hükümleri, ister asıl iş, ister yardımcı iş, isterse anahtar teslimi olsun, kamunun taraf olduğu hizmet ve mal alımı, yapım işlerinin taşeronlara verilmesi halinde, çalıştırılacak işçilerin ücretlerini güvence altına almış ve aynı iş kolunda sendika üyesi işçilere sendika üyesi olsun veya olmasın ücretlerin ödeneceği belirtilmiştir.

İç hukuk düzenlemesi haline gelen bu sözleşmenin HMK. 33. Maddesi uyarınca uygulanması gerekir. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararlarında açıkça belirtildiği gibi “maddi olayları açıklamak taraflara, ileri sürülen olayları hukuken nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini tespit etmek ve uygulamak hakime ait bir görevdir. Bir uyuşmazlıkta hakların yarışması kapsamında birden fazla hukuk kuralının uygulanması söz konusu olduğunda, tarafın en lehine olan hükmün uygulanması gerekir”. Davacı davalı asıl işverenin taraf olduğu sendikaya üye olmuş ve üyeliğini bildirmiştir. Asıl işte ve asıl işverenin sendika üyesi işçileri ile birlikte çalışmaktadır. Muvazaa iddia etmesi, bu hükümden yararlandırılmayacağı anlamına gelmez. Hukuki nitelendirme hakime aittir. Davacı toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmalıdır.

Sonuç olarak yerel mahkeme kararı, belirtilen normatif düzenlemelere, Yargıtay emsal uygulamasına, doktrin görüşlerine ve en önemlisi 94 sayılı İLO Sözleşmesi hükümlerine uygundur. Bu nedenle direnme kararı yerinde olduğundan kararın onanması gerektiğini düşünüyoruz. Çoğunluğun bozma görüşüne bu nedenle katılmaktayız.