

KAMUDA ÇALIŞAN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN MUVAZAALI İLİŞKİLERDEN VE İŞKOLU TESPİTİNDEKİ ZORLUKLARDAN KAYNAKLANAN SORUNLARI

* **Nüvit GEREK**

ÖZET

Bazı kamu kuruluşları, genellikle belediyeler ve hastaneler bir takım işlerini alt işverenlere yaptırmaktadırlar. Ancak uygulamada epeyce sayıda alt işverenlik sözleşmesinin mevzuata aykırı, muvazaalı olduğu, asıl amacın hizmet vermektense ziyade işçi temin etmeye yönelik olduğu görülmektedir. Yargıtay çeşitli kararlarıyla alt işveren işçilerini korumuş ve muvazaalı alt işverenlik sözleşmeleri söz konusu olduğunda, alt işveren işçilerini asıl işverenin iş-

çileri olarak değerlendirmiştir. Ancak Yargıtayın farklı daireleri bazan farklı muvazaa kriterlerini dikkate almaktadırlar. Bu nedenle alt işveren işçilerinin sorunları çözülememiştir. Mevzuata aykırı muvazaalı alt işverenlik sözleşmeleri işkolu tespitinde ve alt işveren işçilerinin üye olabileceği sendikaların tespitinde de çeşitli sorunlara yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: alt işveren, asıl işveren, alt işverenlik sözleşmesi, muvazaa, işkolu

* **Prof. Dr.** / Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Özel Hukuk Bölümü / İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

KARATAHTA İş Yazıları Dergisi
Sayı: 8 / Ağustos 2017 (s: 53-88)

ABSTRACT

Public institutions like municipalities and hospitals outsource some of their work to subcontractors. However a significant number of subcontractor acts are illegal simulated acts that aim at providing employees, rather than services. The Court of Cassation protects subcontractor employees through various regulations and treats subcontractor employees involved in simulated acts as principal employer's

employees. However, some Court of Cassation offices have been observed to employ different simulation criteria. As a result of this, subcontractor employee's issues have not been resolved. Simulated subcontractor employee acts also pose some handicaps in identification of the trade union these employees can be a member of.

Keywords: subcontractor, principal employer, subcontractor act, simulation, branch of industry

GİRİŞ

Asıl işverenlerin bazı işlerini alt işverenlere yaptırma şeklindeki uygulamalar oldukça eskilere dayandığı ve geçmişte bu tür uygulamalardan pek fazla hukuki sorun çıkmadığı halde, son dönemlerde asıl işveren-alt işveren ilişkileri, iş hukukunun en sorunlu ve tartışmalı alanlarından birisi haline gelmiştir. Bunun nedeni, bazı işverenlerin işgücü maliyetlerini düşürmenin kolay bir yolu olarak çok gerekli olmayan hallerde bile bir takım işlerini alt işverenlere yaptırmalarıdır.

Yardımcı işlerin alt işverenlere verilmesinde bir sıkıntı yaşanmamaktadır. Asıl işin bir bölümünün alt işverenlere verilebilmesindeki genel kural, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" niteliğinde bir işin söz konusu olmasıdır. Ancak kamu kesiminde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi konusunda bu genel kuralın dışına çıkabilen özel durumlar vardır. Örnek vermek gerekirse, Belediyeler Kanunundaki 67. madde, Belediyelere asli görevinin bazılarını alt işverenlere verme olanağını sağlamaktadır.

Bu ve benzeri düzenlemeler ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken husus, bu düzenlemelerin

kamudaki alt işveren işçilerinin mağduriyetine neden olacak şekilde uygulanmamasıdır.

Alt işveren işçilerinin haklarının korunması ve mağduriyetlerinin önlenmesi amacıyla bir takım yasal düzenlemeler yapılırken, yargı da çeşitli kararları ile alt işverenlik uygulamalarında işçi haklarının kısıtlanmasının önüne geçmeye çalışmıştır. Daha sonra değinileceği gibi, kamu kesimi işverenlerini kayıracı nitelikteki bazı yasal düzenlemelerin kamuda çalışan alt işveren işçilerinin haklarını kısıtlaması, özellikle yargı kararları ile büyük ölçüde engellenmiştir.

"Alt işveren" kavramı yerine bazen "müteahhit", "taşeron" ve "aracı" kavramları da kullanılmıştır.¹

Kamu kurum ve kuruluşları arasında bazıları, çoğunlukla belediyeler ve hastaneler Kamu İhale Kanunu kapsamında hizmet alımı sözleşmeleri yapmaktadırlar. Personel açıklarını bu şekilde karşılamaya çalışmaktadırlar. Ancak uygulamada karşılaşılan durum "hizmet alımı

1- 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girinceye kadar "alt işveren" kavramı daha çok öğreti tarafından kullanılmıştır. 1475 sayılı Kanunda "müteahhit" ve "taşeron" kavramları kullanılmış, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda "aracı" kavramı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda "alt işveren" kavramı yer almıştır. Yargı kararlarında bazen "alt işveren" bazen "taşeron" kavramları kullanılmaktadır. Bkz.: Talat CANBOLAT, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Ya., İstanbul, 1992, s. 8; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL, İş Hukuku, 6. B., Ankara, 2014, s. 206-207.

yapılması" değil, "hizmetin yürütülmesi için işçi temini" şeklinde gerçekleşmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları personel açıkları ile ilgili sıkıntılarında haklı olsalar bile, mevzuatta öngörülen amaca ve unsurlara aykırı, hatta yasaklanmış olan bu tür uygulamalar haklı görülemez. Bu konuda kamu kesimi işverenlerinin ayrıcalıklı oldukları da hiçbir şekilde düşünülmemelidir. "Hizmet alımı yapılması" ile "hizmet yürütülmesi için işçi temini" çok farklı olgulardır.

Bu çalışmada, özellikle kamu işverenlerinin alt işveren faaliyetlerini kontrol ve denetimlerinde, alt işveren işçilerine emir ve talimat vermeleri konusundaki farklı yüksek yargı kararları üzerinde durularak ve alt işveren işçilerinin işkolu tespitindeki zorluklar değerlendirilecektir.

1- Genel Olarak Alt İşverenlik Müessesesi

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrası, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı

işveren 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" şeklindedir.²

Ayrıca, 27/09/2008 tarihli Alt İşveren Yönetmeliği de konuyla ilgili ayrıntıları düzenlemektedir.³ Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin (a) fıkrasında, 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 kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" olarak tanımlamıştır.

3. maddenin (b) fıkrasında ise alt işverenlik sözleşmesi, "Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilen hususları ihtiva eden sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

4857 sayılı Kanundaki ve Alt

2- Alpay HEKİMLER, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi", Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, s. 6-10.

3- Bkz.: Alt İşverenlik Yönetmeliği, R.G., 27/09/2008 T., No: 27010.

İşverenlik Yönetmeliğindeki tanımlar ve ifadeler birlikte değerlendirildiğinde, öncelikle dikkati çeken husus, asıl işverenle alt işveren işçileri arasında bir iş sözleşmesi bulunmaması, alt işveren asıl işverene ait işyerinin hangi kısmında iş yapıyorsa bu kısmın alt işverenin işyeri olarak kabul edilmesi ve asıl işveren işyerinden bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilmesidir.

A- Mevzuatın Öngördüğü Anlamda Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

Kanunun ve Yönetmeliğin öngördüğü anlamda ve amaçladığı biçimde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için aşağıda değinilen unsurların varlığı gerekir:

■ 4857 sayılı Kanunun 3/2. maddesi ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 5. ve 6. maddeleri uyarınca yazılı bir alt işverenlik sözleşmesi hazırlamak ve gerekli belgelerle birlikte ilgili iş kurumu il müdürlüğüne bildirim yapılarak işyerinin tescili sağlanmış olmalıdır.

■ İşyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren olmalı, asıl işveren mal veya hizmet üretimi yapıyor olmalı, alt işveren işi bu asıl işverenden almış olmalıdır.

■ Alt işverenin aldığı iş, asıl işverene ait işyerinin bir bölümün-

de alt işveren adına tescil edilen bölümde yapılmalıdır.

■ Alt işverenin aldığı iş, asıl işverene ait işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmalıdır.

■ Alt işverenin aldığı iş, asıl işverene ait işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı bir iş olabilir. Asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olabilir. Asıl işin bir bölümünün, özel düzenlemelerle teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmese bile kanunda açık hüküm bulunması halinde istisnai olarak alt işverenlere verilebilmesi de mümkündür. 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesi bu özel düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

■ Alt işverenin işçileri sadece asıl işverenden iş aldığı işyerinde çalışmalı, başka bir işyerinde veya işyerlerinde çalıştırılmaları söz konusu olmamalıdır.⁴

B- Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Benzer Nitelikteki İlişkilerden Farkı

1- Alt İşveren İlişkisinin İş Aracılığından Farkı

Çalışma hayatında aracılık, iş

4- Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, 11. B., İstanbul, 2015, s. 166; Nuri ÇELİK, "İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları", *SİCİL*, Yıl 5, S. 17/2010, s. 5-16.

arayanlara iş bulma, işçi arayanlara da işçi bulma amacına yönelik faaliyetlerdir. Bu anlamda, aracılık faaliyetleri geçici veya sürekli olabileceği gibi, çoğu kez ücret karşılığında ancak bazen ücretsiz olarak da yapılan, yurt içi veya yurt dışı için yapılabilen faaliyetlerdir.⁵

İş ve işçi bulmaya aracılıkta, aracının fonksiyonu iş arayanla işçi arayanı bir araya getirmekten ibarettir. Aracılık yaptığı kişilerle aracının sürekli bir ilişkisi yoktur. Aracı kendisine ihtiyaç duyuldukça devreye girer. Taraflarla arasında iş sözleşmesi veya eser sözleşmesi yoktur. Aracı, alt işvereninden farklı olarak asıl işverenin işyerinin bir bölümünde kendi işçileriyle faaliyette bulunmaz. Alt işveren kendi işçileriyle asıl işveren arasında bir iş sözleşmesi yapılmasını amaçlamaz.

Gerçek anlamda, kanunun öngördüğü unsurları taşıyan bir alt işverenlik ilişkisinde aralarındaki sözleşmede belirtilen bir süre vardır. Bu süre boyunca aralarında devamlı bir ilişki vardır. Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan hizmet alımı ihalelerinde alt işverenlik ilişkisinin genellikle bir yıl için yapıldığı, ancak yeni düzenlemelerden sonra üç yıl için de yapılabileceği anlaşılmaktadır. Aracılıkta ise yukarıda da

değindiği gibi, böyle bir süreklilik yoktur. Alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin bazı hallerde alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu varken, aracı vasıtasıyla işe girenler açısından sadece işveren sorumludur. Aracının işçilere karşı işçilik haklarından doğan bir sorumluluğu yoktur.

2- Alt İşveren İlişkisinin Takım Sözleşmesinden Farkı

4857 sayılı Kanununun 16. maddesinde düzenlenen takım sözleşmesinde, takımı meydana getiren bir grup işçiyi temsilen bu takımın içinde yer alan, ancak lider pozisyonunda olan bir işçinin hem kendisini hem de takımdaki diğer işçileri işverene iş sözleşmeleriyle bağlayan bir sözleşmeyi imzalaması söz konusudur.⁶ Böylece hem takım lideri (takım kılavuzu) hem de takımdaki diğer işçiler işverene iş sözleşmesiyle bağlıdır. Dolayısıyla takım lideri diğer işçilerin işvereni durumunda veya aracı durumunda değildir. Hâlbuki, alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki iş sözleşmesi değildir. Genellikle eser sözleşmesi, bazen de kira veya taşıma sözleşmesi olarak karşımıza çıkar.

Takım sözleşmesinde takım lideri (veya kılavuz) işveren sıfatına sahip olmadığı için, takımdaki

5- Ercan AKYİĞİT, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1., Ankara, 2008, s. 110.

6- Murat DEMİRÇİOĞLU/Tankut CENTEL, İş Hukuku, 18. B., İstanbul, 2015, s. 78.

işçilere karşı işçilik haklarından dolayı herhangi bir sorumluluk taşımaz. Alt işverenlik ilişkisinde ise asıl işverenin bu konuda alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu vardır.

3- Alt İşveren İlişkisinin Ödünç (Geçici) İş İlişkisinden Farkı

Çok genel olarak ifade etmek gerekirse, ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi alan işveren, kendisine doğrudan iş sözleşmesiyle bağlı bir işçiyi çalıştırmak yerine, bir başka işverenden geçici olarak ve nispeten kısa bir süre için işçi istemektedir. Bu ilişki ancak ödünç verilen işçinin rızası ile olabilmektedir. Ödünç verilen işçi, kendisini ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesini sürdürmekte, ödünç alan işveren ile yeni bir iş sözleşmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak ödünç verildiği süre boyunca ödünç alan işverenin işyerinde ve ona tabi olarak çalışmaktadır.⁷

Ödünç işçi veren işverenin ödünç işçi alan işverene karşı işin gördürülmesi konusunda bir yükümlülüğü yoktur. Ödünç işçi veren işveren ile ödünç işçi alan işveren arasındaki sözleşme bir eser sözleşmesi veya kira sözleşmesi olmayıp, "ödünç işçi verme sözleşmesi"dir. Bu sözleşme karşılığında ödünç alan işverenin, ödünç veren işverene herhangi

bir ödeme yapıp yapmayacağı ve bir ödeme yapılacaksa bunun miktarı, tarafların aralarında kararlaştırabileceği bir husustur.

Ödünç iş ilişkisinde, işçiyi ödünç alan işveren ödünç işçiyi yönetme ve işin ifasını ondan bekleme hakkına sahiptir. Ödünç işçi, çalışma ve sadakat borçlarını ödünç alan işverene karşı yerine getirmek zorundadır. Ancak işçinin ödünç veren işveren ile iş sözleşmesi devam ettiğinden ona karşı da sadakat borcu devam eder. Kısaca, ödünç iş ilişkisinde işçinin belli durumlarda her iki işverene karşı da sorumluluğu vardır. Oysa gerçek anlamda alt işverenlik uygulamasında, alt işveren işçileri hukuken sadece alt işverene karşı sorumlu olacaktırlar.⁸

C- Alt İşveren İlişkisinde Kamu Kuruluşları Lehine Yapılan Düzenlemeler

Çalışanların haklarının korunup gözetilmesinde kamu kesiminin daha duyarlı olması beklenirken, tam tersi gelişmeler yaşanmış, çalışma hayatında sürekli sorun yaratan alt işveren uygulamaları ile ilgili olarak kamu kesimi işverenler lehine düzenlemeler yapılmıştır.⁹

8- Durmuş ÖZCAN, *Uygulamalı İş Davaları*, 3. B., Ankara, 2016, s. 257-260.

9- İbrahim AYDINLI, "Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu", Ankara, 2008, s. 296-297; Abdurrahman ÇALIK, "Son Düzenlemelere Göre Muvazaa Alt İşverenlik İlişkileri İle İlgili İncelemeler", *ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi*, C: 2, S. 3 (Eylül-Aralık 2014), s. 64-70.

7- Yapılan açıklamalar 4857 sayılı Kanununun 7. maddesinde 6715 sayılı Kanunla yapılan değişiklikleri kapsamamaktadır.

1- 5538 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme

5538 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca 4857 sayılı Kanununun 2. maddesine ve 8. ve 9. fıkralar eklenmiştir. Bu fıkralar incelendiğinde, Kanuna veya Kanununun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az %50'sine sahip olan ortaklarının 4857 sayılı Kanununun 2/6. ve 2/7.fıkralarındaki koşullar ve sınırlandırmalar dikkate alınmaksızın Kamu İhale Kanunu veya özel kanuni düzenleme hükümleri kapsamında alt işverenlere iş verebilmelerinin sağlandığı görülmektedir. Ancak bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar, çalıştırıldıkları kamu kurum ve kuruluşlarının kendi asıl kadrolu işçilerinin iş mevzuatı veya toplu iş sözleşmeleri uyarınca sahip oldukları haklardan yararlanamayacak ve daimi kadro talebinde bulunmayacaklardır.¹⁰

4857 sayılı Kanununun 2/6. ve 2/7. maddeleri kamu düzenine ilişkin olarak işçileri koruyucu nitelikte düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin öngördüğü sınırlandırmaların kamu işverenleri açısından kaldırıldığının, özel sektör işverenleri açısından devam ettiğinin kabulü mümkün

değildir. Nitekim, Yargıtay da ileride değinileceği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde 8. ve 9. fıkra düzenlemelerinin maddenin ana yapısını ve muvazaa unsurlarını değiştirmede çeşitli kararlarında ifade etmiştir.

2- 6552 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme

10/09/2014 tarihinde, 6552 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62.maddesi 1.fıkrasının (e) bendi değiştirilmiş ve 4734 sayılı Kanuna ek 8.madde eklenmiştir. Bu düzenlemelerin amacının, kamu kurum ve kuruluşlarının bütçe kısıtlamalarından kaynaklanan kadro sınırlarını aşabilmek için ihaleye çıkarak hizmet alımı yoluyla personel açıklarının kapatılması olduğu ifade edilmiştir. Ancak, değinilen düzenlemeler dikkatle incelendiğinde çelişkiler göze çarpmaktadır.¹¹

62. maddenin 1.fıkrası (e) bendinin yeni düzenlenen metninden, ihale ile hizmet alımı yapılabilecek işlerin üç grup olarak ayrıldığı görülmektedir. 1. grupta yardımcı işler, ikinci grupta asıl işler ve üçüncü grupta danışmanlık hizmetleri bulunmakta-

11- Nüvit GEREK, "İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanununun Düşündürdükleri", TÜHİS, Şubat-Kasım 2014, s. 7-9; Ufuk AYDIN, "6552 sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri" Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 5, S. 1, s. 14-30.

10- Bkz.: 5538 sayılı Kanun R.G., 12/07/2006, No: 26226.

dır. Yardımcı işlerde ve asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkabilmek için, mevcut personelin yeterli sayıda ve nitelikte olmaması gerekir. Buna karşılık, danışmanlık hizmetlerinde ihaleye çıkılabilmemesi için mevcut personelin yeterli sayıda ve nitelikte olması şartı aranmayacaktır. Bu çelişkili durumu kavrayabilmek ve açıklayabilmek güçtür.¹²

Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan hizmet alımı ihalelerinde geçici işçi istihdam edilmesi esastır. Bu genel yaklaşımla çelişkili bir diğer durum ise 6552 sayılı Kanununun 14.maddesi ile 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 28/4. maddesine eklenen hüküm ile karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin (e) bendi kapsamındaki işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımı ihalelerinde yüklenme süresi üç yıl olabilecektir. Düzenlemenin bazı yararları olmakla beraber, hizmet alımı ihaleleri ile işçi çalıştırma uygulamaları, geçici bir istihdam şekli olmaktan çıkacak, yaygınlık ve süreklilik kazanabilecektir. Esasen uygulamada kamu kuruluşlarının çoğunda başta belediyeler, has-

taneler ve üniversiteler olmak üzere, ihale ile iş alan şirketler değişse de aynı işçilerin uzun yıllar boyunca bu kamu kuruluşlarında çalışmaya devam ettikleri bilinmektedir.

6552 sayılı Kanununun Ek 8.maddesinin 3. fıkrasında, hizmet alımı ihalesi kapsamında çalıştırılan elemanların ihale ve sözleşme konusu olan işler dışında başka bir işte çalıştırılmayacağı ifade edilmiş ve hizmet alımı ihalelerinde uyulması gereken esaslara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Ayrıca, "Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları ve Yaptırımlar Hakkında Yönetmelik"¹³ çıkarılmıştır. Kamu İhale Kanununun değinilen fıkrası ve Yönetmeliğin 6. maddesi, Kamu İhale Kanununun 62/e, 1-2. maddelerine aykırı şekilde ihaleye çıkılırsa, uygun görüş istenmesi gereken mercilerden görüş alınmazsa, elemanlar, ihale konusu işler dışında çalıştırılırsa, 4857 sayılı Kanununun 2/6. ve 2/7. maddelerine aykırı olarak muvazaalı işlemler yapılırsa, idare aleyhine oluşacak zararlar bu zararları neden olanlardan tahsil edilecektir.

Bütün bunlar değerlendirildiği zaman, Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan hizmet alımı ihalelerinde de 4857 sayılı Kanununun 2/6. ve 2/7. maddele-

12- Ayrıntılı bilgi için bkz.: SÜZEK, s. 185-191.

13- İlgili Yönetmelik için bkz.: R.G., 06/02/2015 T., No: 29259.

rindeki alt işverenlik sözleşmelerindeki unsurların ve muvazaa yasaklarının uygulanacağı, belirtilen mercilerden uygun görüş alınacağı, ihale sürelerinin üç yıla çıkarılabileceği, hizmet alımı kapsamındaki işçilerin sözleşme kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılmayacağı gibi hususların düzenlenmesiyle bu kapsamda çalışan işçilerin bir miktar rahatlatılmasına çalışıldığı anlaşılmaktadır. Ancak aşağıda değinileceği gibi muvazaa kriterleri ve tespiti bakımından Yargıtay kararlarında farklı değerlendirmelerle karşılaşılması, kamuda hizmet alımı sözleşmeleriyle alt işveren şirketlerde çalışan işçilerin yeterli şekilde bir hukuki koruma altına alınmadığını göstermektedir.

Kısaca bir değerlendirme yapılacak olursa, 5538 sayılı ve 6552 sayılı Kanunlarla yapılan düzenlemeler, kamu kesiminde, alt işveren uygulamalarındaki sınırlandırmaları kaldırmak en azından hafifletmek amacına yönelik olmuş ve kamu kesimi işverenleri kayırılan, ayrıcalıklı bir konuma getirmiştir.

Ancak, Yüksek Yargı çeşitli kararlarıyla muvazaa kriterlerini netleştirmiş ve işçilerin mağduriyetini önlemeye çalışmıştır.¹⁴

II. Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Kriterleri ve Muvazaa Tespiti İle İlgili Sorunlar

Genel olarak muvazaa, "taraf- ların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradele- rine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getir- meyen bir görünüş yaratmak konusunda aralarında anlaşma- ları" şeklinde ifade edilebilir. Mu- vazaa konusu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlen- miştir. Çeşitli hukuk alanlarında, çeşitli sözleşmelerde muvazaalı uygulamalar görülebilir. Alt işve- renlik sözleşmesi bu alanlardan sadece bir tanesidir.

Borçlar Kanununda düzenle- nen genel anlamdaki muvazaa olgusu dışında iş hukuku açısın- dan asıl işveren–alt işveren iliş- kileri ile sınırlı özel bir muvazaa değerlendirmesi yapılmakta ve daha farklı kriterler esas alın- maktadır.

Nitekim, Yargıtay kararların- da da "muvazaalı alt işverenlik ilişkileri" ile "mevzuata aykırı alt işverenlik ilişkileri" arasında bir ayırım yapılmadığı, iş hukukuna özgü olarak benimsenen muva- zaa kavramının, mevzuata aykı- rılık hallerini de kapsar şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, bunun doğal sonucu olarak, mevzuatın yasakladığı

14- Fevzi ŞAHLANAN, "Kamu İşyerlerinde Alt İş- veren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları", İÜHFİM C. LXXII, S. 2, 2014, s. 469-476; Ercan AKYİĞİT, "Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Alt İş- verene Verilirken Muafiyet Var mıdır?" ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2015/2, s. 138-159.

alt işverenlik ilişkileri doğrudan doğruya geçersiz sayılmamakta ancak muvazaa kriteri olarak değerlendirilmektedir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı veya ilgili mevzuatta belirtilen unsurları taşıyıp taşımadığı incelenirken, öncelikle 4857 sayılı Kanunun 2/7. maddesinde belirtilen haller değerlendirilmelidir. Ancak, ilgili maddede belirtilen haller dışında da muvazaalı durumlar görülebilir. Kanunda değinilen hallerle benzer nitelikte olan ve aynı olumsuz sonuçlara yol açabilecek hallerde de muvazaa veya kanuna aykırılık tespit edilebilir.

Bu noktada, bir kamu kurumu işverenin, bazı işleri alt işverene vermesi bazı işleri de kendi elemanlarına yaptırması, ancak kendi elemanlarının işçi değil de memur olması durumunda bu kamu kurumunun işveren sayılıp sayılmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Çünkü kendi çalıştırdığı elemanlar işçi değil memur olduğu için, asıl işveren olarak kabul edilmezse, alt işveren işçilerinin işçilik hakları konusunda alt işverenle birlikte müteselsil sorumluluğundan söz edilemez. Bu nedenle, kamu kurumu, bazı işleri kendi asli kadrolu elemanları eliyle yürütüyorsa, bunların işçi sıfatı taşıyıp taşımadıkları

dikkate alınmaksızın, kamu kurumu asıl işveren olarak kabul edilmelidir.¹⁵

4857 sayılı Kanununun 2/6. ve 2/7. maddeleri işçilerin mağduriyetini önleyebilmek amacıyla alt işverenlik uygulamalarının mümkün olduğu ölçüde sınırlandırılmasını öngörmektedir. Nitekim, Yargıtay da bu öngörüye uygun olarak, muvazaa yanında, kanuna aykırı şekilde alt işverenlik ilişkisi kurulması halinde de 2/7. maddedeki müeyyidenin uygulanacağını ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağını çeşitli kararlarında ortaya koymuştur.

Olaylar değerlendirilirken kandanındaki düzenlemelerin amacı her zaman dikkate alınmalı, muvazaalı veya mevzuata aykırı alt işveren ilişkilerine müsamaha gösterilmemelidir. Bu konuda özel-kamu işvereni ayrımı da yapılmamalıdır.

A- 4857 Sayılı Kanunda Muvazaa Kriterleri

4857 sayılı Kanununun 2/7. maddesinde, en çok karşılaşılan muvazaalı alt işveren uygulamalarına değinilmiştir. Değinilen haller dışında da benzer mahiyette mu-

15- Bkz.: ÇALIK "Son Düzenlemelere Göre...", s. 64-66; Ercan AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?", TÜHİS, Mayıs 2014. Aksi görüş için bkz.: Osman Güven ÇANKAYA/Şahin ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

vazaa iddialarının ileri sürüleceği fıkrada ifade edilmiştir. 2/7. maddede öngörülen ve muvazaalı işlemleri önlemeye yönelik düzenlemeler şunlardır:

■ Asıl işveren işçileri alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle hakları kısıtlanamayacaktır.

■ Daha önce asıl işverene ait işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır.

■ Asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyecektir. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi, ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler için mümkün olabilir.¹⁶

B- Alt İşverenlik Yönetmeliğinde Muvazaa Kriterleri

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3/9. maddesinde muvazaa kriterleri dört grup olarak belirtilmiştir:

■ İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi,

■ Daha önce o işyerinde ça-

lıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisi kurulması,

■ Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesi,

■ 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 işlemler yapılması.

15/05/2008 tarihli 5763 sayılı Kanununun 1. maddesi ile 4857 sayılı Kanunun 3/2.maddesi değiştirilmiş, alt işverenin işyerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Alt işveren, asıl işverenle aralarında düzenlenmiş olan yazılı alt işverenlik sözleşmesini, gerekli diğer belgelerle birlikte ilgili bölge müdürlüğüne ileticek ve gerekli görülürse muvazaa incelemesi yapılacaktır.

5763 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesi, muvazaalı ilişkilere ayrı bir önem kazandırmıştır.¹⁷

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçilerinin işçilik hakları ile ilgili olarak asıl işverenin müteselsil sorumluluğu vardır. İlişki muvazaalı olsa bile işçi-

16- Asıl işin bir bölümünün 2/7. maddedeki düzenleme dışında özel yasal düzenlemelerle verilebildiği hallere örnek olarak Belediyeler Kanunu 67. maddedeki düzenleme ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 15/9. maddesindeki düzenlemeler gösterilebilir.

17- Murat ŞEN/Aslı NANEÇİ, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi", SİCİL, Eylül 2009, s. 24-40.

lik hakları her iki işverenden de istenebilir. Ancak işe iade davası açılmışsa ve eğer muvazaa tespit edilmişse işe iade kararı asıl işverene yönelik verilecektir.¹⁸

Ülkemizde epeyce yaygınlaşan bir uygulama özellikle Kamu İhale Kanunu kapsamındaki "işçi temini" sözleşmelerinin alt işveren ilişkisi olarak gösterilmesidir. Ancak Yargıtay kararlarında bu tür uygulamaların muvazaalı olduğu kabul edilmekte ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi oldukları hükme bağlanmaktadır.

İşçi teminine yönelik hizmet alımı sözleşmelerinde alt işverenlik ilişkisinden farklı olarak işin belli bir bölümüne, işyerinin belli bir bölümüne değil, işyerinin işçi eksikliği bulunan çeşitli değişik kısımlarına geçici işçi alınmaktadır. Aslında muvazaalı uygulamalar sonucu işçiler sorun çıkarmadıkları sürece alt işverenler değişse de, asıl işyerinde çalışmaya devam ederek uzun süreler çalışabilmektedirler.

İşçilerin asıl işverene ait işyerinde alt işverenler değişse bile ara vermeden yeni alt işverenlerin yanında çalışmaya devam etmeleri tek başına değerlendirilirse mutlaka muvazaa olduğu anlamına gelmez. Alt işveren de-

ğişikliği sırasında eğer fesih mahiyetinde bir işlem yapılmışsa, yeni bir iş sözleşmesinin başladığı kabul edilebilir (Yarg. 9. H. D., 04/05/2015 T., 2235/16047 E. K.). Aksi halde değişen alt işverenler açısından bir işyeri devrinden söz edilebilir. Bu durumda yeni alt işverenlerin devam eden iş sözleşmelerini de devraldığının kabulü gerekir (Yarg. 9. H. D., 12/01/2015 T., 10173/118 E.K).

Eğer alt işveren değişikliklerinde 4857 sayılı Kanunun 2/6. ve 2/7. maddelerine aykırılık yoksa, gerçek anlamda alt işverenlik ilişkileri kurulmaktaysa muvazaadan söz edilemez. Ancak muvazaalı ilişkilerde alt işveren değişiklikleri kâğıt üzerinde olmakta, işçiler çoğu kez alt işverenlerle karşılaşmamakta, hatta alt işverenleri tanımamaktadırlar. Bu durumda gerçek bir işveren değişikliği olmadığından, işçiler baştan beri asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.

Mevzuatın öngördüğü unsurları taşımayan hukuka aykırı alt işverenlik uygulamalarında "muvazaa" kavramı yerine "kanuna karşı hile" kavramının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür.¹⁹ Ancak bizzat, 4857 sayılı Kanunun 2/7. maddesi, hukuka aykırı asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı işlem olarak nitelendirilmektedir.

18- Alpaslan AKMAN, "Yargıtay Kararları Işığında Alt İşveren-Asıl İşveren Uygulamalarında Sorumluluk", Türk Hukuk Sitesi (<http://turkhukuksitesi.com>) İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2014.

19- Aydınli, Türk İş Hukukunda..., s. 287.

Bir diğer görüş ise 4857 sayılı Kanununun 2/7. maddesinde muvazaalı işlem olarak düzenlenen hususların özel hüküm niteliğinde olduğu ve bu nedenle TBK 19. maddedeki bütün şartların aranmaması gerektiği şeklindedir.²⁰ Esasen bu görüşün aşağıda değinilecek olan, Yargıtay'ın farklı dairelerinin kararları arasındaki görüş ayrılıklarına yön göstermesi açısından önemi vardır. Çünkü TBK 19. maddedeki bütün şartların aranması ve bu nedenle özellikle asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde yeterli muvazaa kanıtı bulunmadığı şeklindeki yüksek mahkeme kararları, asıl işveren konumundaki kamu kuruluşlarını rahatlatır da, sadece kâğıt üzerinde alt işveren işçisi durumundaki işçileri mağdur etmektedir.

Aşağıda örnek yargı kararlarında ayrıntılı olarak değinilecek bir diğer husus ise kamu kesiminde çalışan alt işveren işçilerine asıl işverenin denetim ve ikazlar dışında emir ve talimat verip veremeyeceğidir.

Öncelikle belirtmelidir ki, asıl işverenin alt işveren işçileri ile iş sözleşmesi bulunmadığından onlara emir ve talimat verememesi gerekir. Asıl işveren alt işverene verdiği işin düzenli ve sağlıklı yürütülmesi açısından denetim

ve ikaz hakkına elbette sahiptir. Ancak ikazda bulunma ve gerektiğinde denetim elemanlarınınca talimat verilmesi sadece alt işverene veya alt işverenin vekiline yönelik olmalıdır. Alt işveren işçilerine doğrudan emir ve talimat verilmesi alt işverenin yönetim hakkına müdahale niteliğinde, en azından alt işverenin yönetim hakkını paylaşma niteliğindedir.²¹ Bu durumda alt işverenin bağımsız iş organizasyonundan söz edilemez.

Bu çalışmanın konusu açısından, Kamu İhale Kanunu kapsamında hizmet alımı sözleşmeleri yapan kamu kesimi işverenlerinin alt işverenlik ilişkilerinde muvazaa olup olmadığının ve alt işverenlik sözleşmesinin mevzuatın öngördüğü unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, mevzuat hükümleri ve yargı kararları dikkate alındığında aşağıdaki unsurlara bakılmalıdır:

■ İşyerinde hukuki ve ekonomik yönden bağımsız iki veya daha fazla ayrı işverenlerin mal veya hizmet üretimi yapıp yapmadığı,

■ Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadığı,

■ Alt işverenin üstlendiği iş konusunda yeterli sayılacak tecrübesi olup olmadığı,

20- Emine Tuncay KAPLAN, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu", A. Can Tuncay'a Armağan, 2005, s. 233-234.

21- Aykırı bir karar örneği için bkz.: Yarg. 22. H.D., 19/11/2012 T., E. 2012/25503, K. 2012/25713.

■ Alt işverene verilen işte asıl işverenin kendi kadrolu elemanlarının çalışıp çalışmadığı,

■ Alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı veya işçi haklarını kısıtlamayı amaçlayıp amaçlamadığı,

■ Alt işverenlik sözleşmesinin aslında ticari amaçlı işçi teminine yönelik olup olmadığı,

■ Kamu İhale Genel Tebliğinin 69. maddesine aykırı olarak, hizmet tanımı yapılmadan ve teknik şartnamede ihale konusu işin ayrıntılarına yer verilmeden sadece çalıştırılacak personelin sayısı ve niteliği belirtilerek ihaleye çıkılıp çıkılmadığı.

Muvazaalı veya kanuna aykırı bir alt işverenlik ilişkisinde, görünürde bir alt işverenlik ilişkisi kurulmakla birlikte, gerçek durum, alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin işveren sıfatını devam ettirmesidir. Asıl işveren, ücretleri ve çalışma koşullarını belirliyor, işçilerin işe alınmaları, işten çıkartılmaları, işçilere disiplin cezası verilmesi asıl işverenin inisiyatifinde ise yani yönetim hakkı asıl işveren tarafından kullanılıyorsa muvazaa kriterlerinin var olduğu kabul edilir.²²

İşyerinde, birisi asıl diğeri ise hukuki ve ekonomik açıdan ba-

ğımsız iki ayrı işveren ve bunların birbirinden bağımsız iki ayrı iş organizasyonu yoksa mevzuatın öngördüğü anlamda bir alt işverenlik sözleşmesinden söz edilemez (Yarg. 9.H.D., 03/05/2010 T., E. 11733, K. 11997).

Alt işveren üretim veya hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işverene işçi teminine yönelik bir ilişkinin varlığı kabul edilir (Yarg. 9.H.D., 03/05/2010 T., E. 19368, K. 11949).

Görünüşte asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair bir hizmet alımı sözleşmesi varsa da, tarafların gerçek iradeleri "işçi temini" ise bu uygulamalar muvazaalı işlem olarak kabul edilmektedir. Bu tür uygulamalarda yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında da açıklandığı gibi alt işveren, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemiştir.

Daha önce de değinildiği gibi, Kanunun amacına uygun ve kanunun öngördüğü şekilde bir alt işverenlik sözleşmesinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bu işyerinin belirli bir bölümünde iş alır. Bu yer alt işveren açısından ayrı bir işyeridir. Alt işveren kendi işçilerini sadece burada çalıştırır. Gerçekte, işçi teminine yönelik olan sözleşmelerde ise, işyerinin

22- Dilek BAYBORA, "İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 2, S. 2, 2010, s. 19-26.

ihtiyaç duyulan değişik bölümlerine işçi alınmakta, bunlar işyerinin değişik bölüm ve birimlerinde asıl işverenin işçileriyle bir arada ve asıl işverenin yetkili amirleri idaresinde çalışmaktadır. İşçi teminini amaçlayan sözleşmelerle alt işverenlik sözleşmesinin uygulamadaki en önemli farklarından birisi budur.

Gerçek bir alt işverenlik sözleşmesi uygulandığında, alt işveren iş aldığı ve kendi açısından bağımsız bir işyeri olan bölümde tam bir yönetim hakkına sahiptir. Bütün işveren yetkilerini kullanır. Gerçekte işçi teminine yönelik sözleşmelerde ise, yönetim hakkı, alt işveren işçileri açısından işveren sıfatı bulunmadığı halde hizmet alımı yapan kurum (asıl işveren) tarafından kullanılmaktadır. Görünürde alt işveren olan şirket veya şirketler grubu, çoğu zaman kendilerinden önceki alt işverenlerden devraldıkları, kendilerinin bulup getirmediği işçileri kayden kendi işçileri olarak göstermekte, hizmet alımı sözleşmesi yaptıkları kurumdaki aldıkları istihkaklardan işçi ücretlerini ödemektedirler. Fonksiyonları bundan ibarettir. Alt işveren görünümündeki şirket asıl işverene ait işyerinin herhangi bir bölümünde bağımsız bir iş organizasyonuna sahip

olmadığı gibi, ihale konusu olan işin veya işlerin yapılması konusunda çoğu kez bir uzmanlık tecrübesine de sahip değildir.

Tek başına muvazaa için gösterge olmasa da, işçiler asıl işverenin işyerinde alt işverenler değişse bile yeni alt işverenlerin yanında çalışmaya devam ediyorlarsa, daha önce de değinildiği gibi, alt işverenler arasında gerçek anlamda bir işyeri devri olup olmadığına bakılmalıdır. Kanuna uygun bir alt işverenlik sözleşmesi var ve bu sözleşme kanunun öngördüğü şekilde işletiliyorsa yeni alt işverenlerle yapılan alt işverenlik sözleşmeleri de kanuna uygun yapılmış ve kanunda öngörülen şekilde uygulanmışsa muvazaa söz konusu değildir. Ancak uygulamada çok karışık şekilde alt işverenler arasında mevcut işçilerin sadece kayden devralınmaları söz konusu ise ve bunların sevk ve idaresi tamamen asıl işverenin kontrolü ve inisiyatifindeyse, muvazaalı ilişkinin var olduğu kabul edilmelidir.

Hukuk sistemimizde işçi teminine yönelik sözleşmelerin yasal zemini bulunmamaktadır. Zira "hizmet alımı yapmak" ile "hizmetin yürütülmesi için işçi temini" birbirinden tamamen farklı olgulardır. "Hizmet alımı" ve "hizmetin yaptırılması" iba-

relerinin çalışma mevzuatımızda yeri olmayan ve hatta yasak kabul edilen ticari amaçlı işçi teminine imkân verdiği şeklinde yorumlanması hukuken doğru ve mümkün olmadığı gibi, bunda kamu yararı da yoktur.

Ticari kazanç amaçlı işçi teminine yönelik sözleşmelerin varlığı halinde ve sigorta kayıtlarında alt işveren işçisi olarak gösterilen, ancak bu kayıtlar dışında alt işverenin emir ve otoritesi altında hiç çalışmamış işçilerin varlığı halinde bu durumun muvazaalı işleme dayandığı kabul edilmelidir (Yarg. 9.H.D., 12/02/2007 T., E. 32217, K. 32589).

İş hukuku mevzuatımızda yeri olmayan işçi teminine yönelik sözleşmeler Yargıtay tarafından "yasak" olarak kabul edilmektedir. Bu konuda çeşitli tarihlerde verilmiş ve istikrar kazanmış yargı kararları mevcuttur (Yarg. 9.H.D., E. 2014/13199, K. 2014/16663; Yarg. 9.H.D., 26/10/2015 T., E. 2015/21010, K. 2015/29843; Yarg. 9.H.D., 05/11/2015 T., E. 2015/21977, K. 2015/31230).

Daha önce bu çalışmanın giriş bölümünde de değinildiği gibi, ülkemizde, tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde bu durumu asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak göstermek suretiyle muvazaalı uygulamalara gi-

debildikleri görülmektedir. Bu tür uygulamalara Kamu İhale Kanunu kapsamında ihale ile hizmet alımı yapan bazı kamu ve kuruluşlarının da çokça başvurduğu bilinmektedir. Başta belediyeler ve hastaneler, personel açıklarını bu şekilde kapatmaya çalışmaktadırlar. Ancak, tekrar tekrar vurgulanması gereken husus, kamu kurumları personel açıkları ile ilgili sıkıntıları konusunda haklı olsalar bile mevzuatta öngörülen amaca ve unsurlara açıkça aykırı olan, hatta yasaklanmış olan uygulamaların haklı görülemez olduğudur. Bu konuda kamu kuruluşlarının ayrıcalıklı olduğu da düşünülmemelidir.²³

Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşların yapacakları hizmet alımı sözleşmeleri ile ilgili olarak 10/09/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kamu İhale Kanununun 62/1-(e) maddesinde değişiklik yapılmış ve bu Kanuna ek 8. madde eklenmiştir. Bu düzenlemeler Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlar açısından bazı kolaylıklar sağlasa da, bu Kanunun 62. maddesinin (e) bendi 2. Alt bendinde 4857 sayılı Kanunun 2/7. maddesi hükmünün dikkate alınacağı hükmüne bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu ilişkilerde muvazaa iddialarının araştırılması ve muvazaa yasaklarının uygulanması gereği son

23- Ercan AKYİĞİT, "Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, SİCİL, Y: 5, S. 17, 2010, s. 138-156.

derece açıktır. Bu nedenle Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan hizmet alımı sözleşmeleri de muvazaa veya mevzuata aykırılık açısından yargı denetimi dışında tutulamayacaktır (Yarg. 22.H.D., 20/01/2015 T., E. 2014/35121, K. 2015/441).

İşçi haklarının korunmasında mevzuatın öngördüğü düzenlemeler elbette çok önemlidir. Ancak tereddüt yaratabilecek çelişkiler ve boşluklar olduğundan en büyük güvence yargı kararlarıdır. Bunun çok sayıda örnekleri de görülmüştür.

5538 sayılı ve 6552 sayılı Kanunlarla yapılan konu ile ilgili düzenlemelerde kamu kesimi işverenlerine bazı ayrıcalıkların tanınmasına çalışıldığı, alt işverenlik ilişkilerinde bunların 4857 sayılı Kanununun 2/6. ve 2/7. maddelerindeki sınırlandırmaların dışında tutulmasının amaçlandığı ve bunun doğru olmadığı pek çok çalışmada ve bazı yargı kararlarında ifade edilmiştir.

Arzu edilen, yargı kararları hele yüksek yargı kararları arasında görüş ayrılıkları olmaması, daha açık belirtmek gerekirse, yüksek yargının kamu kesimi işverenlerini kayırıp kollamaya çalışan kararlar vermemesidir.

Yargıtay 9.H.D.'nin 2007 tarihli bir kararı incelendiğinde, alt işverenlerin çalıştırdıkları işçile-

rin üzerindeki yönetim hakkının tamamen asıl işveren tarafından kullanıldığı anlaşıldığı, gerçek anlamda alt işveren-asıl işveren ilişkisi bulunmadığı ileri sürülerek, yapılan feshin geçersizliğine ve davacının asıl işveren Sağlık Bakanlığı'na iadesine karar verildiği görülmektedir.²⁴

Yargıtay 9.H.D.'nin 2008 tarihli bir kararı incelendiğinde, "*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*" ifadesinin bulunduğu görülmektedir. Ancak, kararda davalılar arasındaki sözleşmenin işçi teminine yönelik olduğunun değerlendirilebilmesi açısından, alt işverenin belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olup olmadığı konusunda araştırma yapılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁵

Yargıtay 9. H.D.'nin 2009 tarihli ve yukarıdaki kararlarında incelenen olaylara benzer bir olayla ilgili kararlarında da, tıp fakül-

24- Yarg. 9.H.D., 29/01/2007 T., E. 2007/309, K. 2007/1006.

25- Yarg. 9.H.D., 22/12/2008 T., E. 2008/41361, K. 2008/34689.

tesinden temizlik ihalesi alan alt işveren şirketin işçisi görünümündeki davacının temizlik işçisi değil, hastabakıcı olarak çalıştığı, alt işveren şirketin uzmanlığı, hukuki bağımsızlığı, iş organizasyonu olmadığı ifade edilerek, davacının asıl işveren üniversite hastanesine iadesine hükmedildiği görülmektedir.²⁶

Yarg. 9.H.D.'nin 26/10/2015 tarihli bir kararında da, "*işçi teminine dönük hizmet alımı sözleşmesiyle alınan işçinin belediyenin işçisi olarak kabul edileceği*" hükme bağlanmıştır. Kararın dayanağı ise, İhale Sözleşmesine ek teknik şartnamede 4. maddede, "*çalıştırılacak personelin işe başlaması ve işine son verilmesinin idarenin (belediye) talebi ve onayı ile yapılacağı*" şeklindeki ifadedir. Kararda gerçek anlamda işverenin (asıl işveren) belediye olduğu belirtilmiştir.²⁷

Yarg. 9.H.D.'nin hemen hemen aynı konuda bir kararı da oldukça yakın tarihlidir. 05/11/2015 tarihli bu kararda da yüksek mahkeme, davalı Belediyenin kendi bünyesinde kimin çalışacağını yine kendisinin belirlediğini ve hizmet alım sözleşmesinin işçi teminine yönelik olduğunu, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunma-

dığını dikkate alarak feshi geçersiz saymış, davacının asıl işveren Belediye nezdindeki işine iadesini hükme bağlamıştır.²⁸

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yukarıda değinilen örnek kararları dışında da çeşitli tarihlerde verilen benzer kararları bulunmaktadır. Bu kararlarda muvazaa tespitine gerekçe olarak, yapılan hizmet alımı sözleşmelerinin aslında işçi teminine yönelik olduğu gerçeği dikkate alınmıştır. Bir diğer önemli gerekçe ise alt işveren işçisi olarak görünen işçilerin sevk ve idaresinin alt işveren tarafından yapılmaması, yönetim hakkının gerçekte asıl işveren tarafından kullanılmasıdır. Bu husus, bazen dava konusu dosya ile ilgili olarak işyerlerinde yapılan keşifler esnasında anlaşılmaktadır. Bazen de hizmet alımı sözleşmesi eki teknik şartnamelere konan (aslında konmaması gereken) işçi alımının ve işçi çıkarmaların ihale makamının (kamu işvereni) kararı ile olabileceği şeklindeki hükümlerden anlaşılmaktadır. Hizmet alım sözleşmesi aslında bu şekilde taraflarının gerçek iradelerini asıl amaçlarının işçi temini olduğunu ortaya koymaktadır.

Hemen hemen aynı veya çok benzer konulardaki davalar ile ilgili olarak Yargıtay 22.H.D.'nin

26- Yarg. 9.H.D., 23/02/2009 T., E. 2008/22857, K. 2009/3226.

27- Yarg. 9.H.D., 26/10/2016 T., E. 2015/21010, K. 2015/29843.

28- Yarg. 9.H.D., 05/11/2015 T., E. 2015/21977, K. 2015/31230.

daha farklı bir yaklaşım ve değerlendirilmede bulunduğu görülmektedir.

Yarg. 22.H.D.'nin 31/01/2012 tarihli bir kararında Bakırköy 14. İş Mahkemesi kararı bozulmuştur. Yerel mahkeme davacı işçinin çalışmalarının Küçükçekmece Belediyesi nezdinde geçtiği, emir ve talimatların bu davalı asıl işveren Belediye tarafından verildiği, diğer davalı alt işveren şirketin muvazaalı işveren olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Diğer davalı Tuna İnşaat Gıda Turizm Hizmet Sanayi Ltd. Şirketi de diğer davalı Belediye ile aralarındaki sözleşmenin göstermelik bir sözleşme olduğunu, asıl işverenin Belediye olduğunu çünkü davacıyı iş alanının da çıkararının da Belediye olduğunu açıkça ifade ederek, davanın dışında kalma talebinde bulunmuştur.

Buna karşılık 22. Daire, davalı asıl işverenin işin düzenli ve sağlıklı yürütümü bakımından verdiği emir ve talimatların alt işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte değerlendirilememesi gerektiğini ileri sürerek, yerel mahkemenin davalılar arasında muvazaalı ilişki bulunduğu şeklindeki kararını bozmuştur.²⁹

Yarg. 22.H.D.'nin yaklaşık üç yıl sonraki bir kararı da aynı gö-

rüşü ortaya koymaktadır. Bu karara konu olan olay da kamu kesimi işvereni Belediye ile alt işveren şirket arasındaki hukuki ilişki ile ilgilidir. 22. Daire, bu kararında da asıl işveren Belediye'nin alt işveren şirket işçilerine emir ve talimat vermesini, alt işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte bulmayarak, asıl işveren Belediye ile alt işveren şirket ilişkisinin yasaya uygun olduğuna ve muvazaalı bulunmadığına ve davacı işçinin davalı alt işveren şirket işyerine iadesine karar vermiştir.³⁰

Yarg. 22.H.D.'nin oldukça yakın tarihli bir diğer kararı da gerekçesi biraz farklı olsa da aynı konuda ve aynı doğrultudadır. Eskişehir Odunpazarı Belediyesi ile alt işveren Simge Temizlik İnşaat Şti. arasındaki hukuki ilişkinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme davacının asıl işveren Belediye işçisi olduğuna, feshin geçersiz olduğuna ve asıl işverenin işyerine işe iade talebinin kabulüne karar vermiştir. 22. Daire, davacının yaptığı işin yardımcı iş olduğunu, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunun kesin ve inandırıcı bir şekilde ispatlanmadığı gerekçesiyle işçinin asıl işverenin işyerine değil, alt işveren nezdindeki işyerine iadesine karar vermiştir.³¹

30- Yarg. 22.H.D., 20/01/2015 T., E. 2014/35121, K. 2015/441.

31- Yarg. 22.H.D., 02/12/2015 T., E. 2016/2202, K. 2016/6481.

29- Yarg. 22.H.D., 31/01/2012 T., E. 2012/25503, K. 2012/25713.

Yerel mahkeme olan Eskişehir 1. İş Mahkemesince verilen ve davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna dair kararın gerekçesi ise alt işverenlerle davalı Belediye arasındaki hizmet alım sözleşmesinin "Daire İçi Temizlik ve Yardımcı Personel Hizmet Alımı" şeklinde belirtildiği, ancak davacı işçinin büro elemanı olarak çalıştırılması, beraber aynı ortamda aynı işi yapan işçilerden bazılarının Belediyenin asli-kadro lu işçileri olması, bütün emir ve talimatların alt işveren tarafından değil, Belediyenin yetkili müdür ve amirleri tarafından verildiğinin sabit oluşudur. Davacı tanıkları da ücretlerinin ödemesi haricinde alt işveren şirketlerle hiçbir ilgilerinin bulunmadığını ifade etmektedirler.

Yargıtay 22. H.D.'nin yukarıda değinilen örnek kararları incelendiğinde, muvazaa kriterlerinin oldukça dar bir kapsamda değerlendirildiği izlenimi edinilmektedir. Bu kararlarda dikkati çeken konu, hizmet alımı ihaleleri ile alt işverenlere iş yaptıran kamu kesimi işverenlerinin (çoğunlukla belediyelerin ve hastanelerin) alt işveren işçilerine emir ve talimat vermelerinin 22. Daireye göre alt işverenlerin yönetim hakkına müdahale olarak görülmemesi, alt işverenin yönetim hakkını ortadan kaldıracı bir unsur olarak görülmemesidir.

Alt işverenlik ilişkilerinde muvazaanın varlığının tespiti halinde bunun yaptırımı, işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmeleridir. Bunun sonucunda asıl işverenlerin ciddi mali külfetlerle karşılaşmaları söz konusu olabilir. 22. Daire, kararlarında, kamu kesimi işverenlerini ağır mali yüklerden olabildiğince korumayı amaçlamış olabilir. Ancak geçersizliğine karar verilen fesihlerde, işçinin asıl işverenin işyerine değil de alt işveren şirkete ait işyerine iadesine karar verildiğinde çoğu kez alt işveren şirketin asıl işverenle hukuki ilişkisi sona ermiş olabilmekte ve işçi ortada kalmaktadır. Yani işçinin mağduriyeti giderilememektedir.

Diğer taraftan, asıl işverenin, alt işverene karşı işin sağlıklı yürütülmesi açısından denetim hakkı bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak denetim ve ikaz hakkı alt işverene ve alt işverenin vekillerine yönetilebilir. Doğrudan alt işveren işçilerine emir ve talimatlar asıl işveren tarafından veriliyorsa alt işverenin yönetim fonksiyonu anlamsız kalacaktır. Yönetim hakkı kapsamındaki işin sevk ve idaresi ve işçilere emir-talimat verme yetkisi, bağımsız iş organizasyonu kuran işverenindir. Yönetim hakkının paylaşılması, hem asıl işverenin hem de

alt işverenin alt işveren işçilerine emir-talimat vermesi düşünülemez. Aynı konuda asıl işveren ve alt işveren işçilere farklı talimat verirlerse işçiler ne yapacaklardır?

Bu itibarla asıl işverenin, görünürdeki alt işveren işçilerine emir-talimat vermesi halinde, muvazaalı bir ilişkinin varlığı, mevzuatın öngördüğü şekilde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. Asıl işverenin denetim ve ikaz yetkisinin sınırlarını, alt işveren işçilerine emir-talimat verme noktasına kadar genişletmeye çalışmak doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilememelidir.

Daha önce de değinildiği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde muvazaa olup olmadığı incelenirken, 4857 sayılı Kanunun 2/7. maddesinde sıralanmasa bile aynı mahiyetteki ilişkilerin tespiti halinde, muvazaa veya mevzuata aykırılık bulunduğu kabul edilmelidir. İş Kanununun temel ilkesi işçinin korunması ve gerektiğinde işçi yararına yorum yapılmasıdır. 4857 sayılı Kanunda alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler bu ilişkinin yaygınlaşmasını değil, olabildiğince sınırlandırılmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, temel amaç işçilerin mağduriyetini önlemek olduğuna göre, alt

işverenlik ilişkilerinde muvazaanın varlığının kabulü için bilinen bütün muvazaa kriterlerinin tamamının gerçekleşmiş olması aranmamalı, bu kriterlerden bazılarının varlığı halinde de istikrar kazanmış örnek yargı kararları da dikkate alınarak muvazaa olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın değişik dairelerinin 2016 yılındaki kararları incelendiğinde, işçi temini niteliğindeki sözleşmelerin muvazaalı olduğu kabul edilmiştir.³²

Bu konuda değinilebilecek son bir husus mevzuata aykırı alt işveren ilişkisi kurulması halinde bunun yaptırımının ne olması gerektiğidir. Mevzuata aykırılık ile muvazaa çoğu zaman birlikte karşımıza çıkmakla beraber, mevzuata aykırılığın açıkça belli olduğu, ancak muvazaa konusunda tereddütlerin yaşandığı durumlar olabilir. Yargıtay emsal kararlarında mevzuata aykırı şekilde alt işverenlik sözleşmesi kurulması ve işletilmesi halinde de 4857 sayılı Kanunun 2/7. maddesinin uygulanacağına ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaklarına karar vermektedir.³³ Bu konuda 4857 sayılı Kanunun 2/6. maddesinde bir yaptırım ön-

32- Yarg. 7. H.D., 02/03/2016 T., E. 2016/7042, K. 2016/5323; Yarg. 22. H. D., 15/03/2016 T., E. 2016/4877, K. 2016/7913; Yarg. 9. H.D., 14/04/2016 T., E. 2015/29682, K. 2016/9440.

33- Bkz.: SÜZEK, İş Hukuku..., s. 170-172.

görülmediği için 2/7. maddedeki yaptırımın uygulanamayacağı ileri sürülemez. Amaç, işçilerin korunması olduğuna göre mevzuata aykırı alt işverenlik sözleşmeleri de muvazaa ile aynı sonucu yaratacak şekilde değerlendirilmelidir. Kısacası, muvazaa bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde de, mevzuata aykırı bir alt işveren-asıl işveren ilişkisinde de alt işveren işçileri asıl işverenin işçileri olarak kabul edilmelidir.

II- Alt İşverenlerin İşyerlerinin İşkolu Tespitlerinde Yaşanan Sorunlar

A- İşkolu Tespitleri İle İlgili Genel Esaslar

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun "işkolu tespiti" başlıklı 5. maddesi, "*Bir işyerinin girdiği işkolumun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmi Gazetede yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyizi halinde Yargıtay uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlar.*

Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan da-

valar, yetki işlemlerinde ve yetki tespiti davalarında bekletici neden sayılmaz. İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez" şeklindedir.

Aynı Kanunun 4. maddesi uyarınca çıkartılan İşkolları Yönetmeliği'nin "İşyerinin girdiği işkolumun belirlenmesi" başlıklı 4. maddesi de, "*Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenir. Bakanlık tespit ile ilgili kararını Resmi Gazetede yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 5'inci maddesine göre kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir.*

Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.

10/11/1983 tarihli ve 83/7376 sayılı İşkolları Tüzüğüne göre belirlenmiş olan işyerlerinin işkolu yeni bir işkolu tespiti yapıncaya kadar, en son yetki belgesi olan sendikanın kurulu bulunduğu işkolundan sayılır" şeklindedir.³⁴

34- İşkolları Yönetmeliği R.G., 19/12/2012 T., No: 28502.

6356 sayılı Kanun 07/11/2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 4. maddesine ekli (1) numaralı cetvelde işkolları sayısı 20 olarak belirlenmiştir. 4. madde gereğince çıkartılan İşkolları Yönetmeliği 19/12/2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve önceki 2821 sayılı Kanununun 60. maddesi gereğince çıkarılmış olan İşkolları Tüzüğündeki işkolu sayısı 28'den 20'ye indirilmiştir.

6356 sayılı Kanununun geçici 6/4. maddesinde, bu kanunun yürürlük tarihinden önce başlamış olan toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ve toplu iş uyuşmazlıklarında eski mevzuata dayalı tüzük ve yönetmeliklerin esas alınacağı belirtilmiştir. Ancak işkolu tespiti ile ilgili uyuşmazlıklarda önceki 2821 sayılı Kanun ve buna dayalı Tüzüğü uygulanacağına dair bir hüküm yoktur.

6356 sayılı Kanununun geçici 1. maddesinde, sendikaların faaliyet gösterecekleri işkolunu 19/12/2012 tarihli İşkolları Yönetmeliğinin yayımı tarihinden önce bir ay içerisinde yönetim kurulu kararıyla belirlemeleri öngörülmüştür.

Diğer taraftan 19/12/2012 tarihli İşkolları Yönetmeliği'nin 4/3. Maddesinde, 10/11/1983 tarihli ve 83/7376 sayılı İşkolları Tüzüğüne göre belirlenmiş olan işyerlerinin

işkolunun yeni bir işkolu tespiti yapıncaya kadar, en son yetki belgesi alan sendikanın kurulu bulunduğu işkolundan sayılacağı ifade edilmiştir.³⁵

Bu düzenlemelerin amacı işkolu tespitlerinin en kısa sürede yeni İşkolları Yönetmeliğine göre yapılmaya başlanmasının sağlanmasıdır.

B- Alt İşverenlerin İşyerlerinin İşkolu Tespitindeki Belirsizlikler

Alt işveren işçileri ile ilgili bir diğer önemli sorun işkolu tespitlerinde yaşanmaktadır. Kamu kesiminde faaliyet gösteren alt işverenlerin işyerlerinin işkolu tespitlerinde yaşanan sorunlar, muvazaa tespiti ile ilgili sorunlarda olduğu gibi genellikle kamu hastanelerinde veya belediyelerde iş alan alt işveren işyerleri ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. İşkolu tespitine yöneltilen itirazlarda bazen muvazaa iddiaları da ileri sürülmektedir.³⁶ Esasen sorunlar çoğu kez iç içe geçmiş durumdadır.

İşkolu tespitlerine itirazlar çoğunlukla sendikalar arası rekabet nedeniyle işçi sendikalarından gelmektedir. Ancak hizmet

35- İlgili fıkradaki eklenme konusunda bkz.: 26/07/2013 R.G. tarihli Yönetmelik.

36- Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 14/09/2015 tarihli bir kararında davalı Sağlık İş Sendikası vekili asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu ileri sürmüştür.

alımı sözleşmelerinin süresinin genellikle bir yıl olması nedeniyle işkolu tespitine itirazlar sonuçlanmadan hizmet alımı sözleşmelerinin süresi dolmaktadır. 6552 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyle üç yıl süreli hizmet alımı sözleşmesi yapılabilecek olması bu konuda bir miktar rahatlatma sağlayabilir.

Asıl işverenlerden iş alan alt işverenlerin, alt işverenlik sözleşmesi uyarınca tescil ettirmeleri gereken işyerlerinin gireceği işkollarının tespitinde, asıl işverene ait işyerinin girdiği işkolunun esas alınıp alınmayacağı, açıklığa kavuşturulması gereken ilk husustur. Yürürlükten kalkan 2821 sayılı Kanunun 60/2. maddesinde, "*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dâhil olduğu işkolundan sayılır*" ifadesi vardı.

6356 sayılı Kanunun 4/2. maddesinde de, "*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır*" hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemelerin, tek bir işverene ait işyerinde, tek bir işverenin iş organizasyonu kapsamında ve tek bir işverenin sevk ve idaresinde gerçekleştirilen üretim faaliyetleri için geçerli olduğu unutulmamalıdır.

Alt işverenlerin de faaliyette bulunduğu bir işyerinde alt işve-

ren veya birden fazla alt işveren, birbirlerinden ayrı işyerlerinde, farklı işkollarına giren işler yapıyorlarsa, asıl iş-yardımcı iş ayrımı doğru olmaz. Çünkü her bağımsız alt işverenin yaptığı iş kendi açısından asıl iş niteliğindedir. Bu nedenle, alt işverenlere ait işyerinde yapılan işler asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmelidir.

Daha önce de değinildiği gibi, 4857 sayılı Kanunun 3/2. maddesi 5763 sayılı Kanunun 1. Maddesi ile değiştirilmiş ve alt işverenlere işyerlerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. 27/09/2008 tarihli Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 5/1. maddesi de alt işverenin bildirim yapma yükümlülüğünü öngörmektedir. Yönetmeliğin 5/3. maddesi ise "*Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir*" şeklindedir.

Bu durumda işkolu tespiti uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda, alt işverenlerin işyerlerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip, oralarda yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti yapılması gerektiği açıktır. Yani alt işverenin işkolu tespiti, asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır.³⁷ 6356

³⁷- Yarg. 22. H.D., 09/11/2015 T., E. 2015/30074, K. 2015/30393.

sayılı Kanununun 4. madde gerekçesinde "*Bir işyerinde yürütülen yardımcı işin alt işveren tarafından üstlenilmesi halinde, bu iş artık asıl işveren yönünden yardımcı iş olarak kabul edilemez. Bu işler alt işveren bakımından asıl iş kabul edilir ve işkolu buna göre belirlenir*" ifadesi vardır.³⁸

Kamu kesimi işverenlerine ait işyerlerinde ve özellikle devlet hastanelerinde ve belediyelerde iş alan alt işverenlerin işyerlerinin işkolu tespiti ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklarda muvazaa ilişkilerin varlığı da ileri sürülebilmektedir. Muvazaalı ilişkinin varlığı tespit edildiği takdirde, alt işveren işçileri baştan itibaren asıl işveren işçisi kabul edilecek ve asıl işyerinin girdiği işkolunda faaliyet gösteren bir işçi sendikasına üye olabileceklerdir.

Kamu kesiminde işverenlerden iş alan alt işverenlerin işkolu tespitindeki temel sorun, uygulamada karşılaşılan durumun "hizmet alımı yapılması" olmayıp, "hizmetin yürütülmesi için işçi temini" şeklinde gerçekleşmesidir. Çalışmanın önceki kısımlarında da açıklanmasına çalışıldığı gibi, işçi teminine yönelik hizmet alımı sözleşmelerinde, alt işverenlik ilişkisinden farklı olarak, işin belli bir bölümüne veya işyerinin belli bir bölümüne değil, iş-

yerinin işçi eksikliği bulunan çok farklı işlerin yapılabildiği çeşitli kısımlarına geçici işçi alınmaktadır. Bu uygulamaların yol açtığı sorunlar aşağıdaki şekillerde karşımıza çıkabilmektedir:

■ Aynı hizmet alımı sözleşmesi kapsamında aynı alt işverenin işçisi görünen işçiler birden fazla değişik işlerde çalıştırılmaktadır. Örnek vermek gerekirse, aynı işçiler bazen temizlik işlerinde çalıştırılmakta, bazen de hastabakıcı olarak görev yapmaktadır.

■ Aynı hizmet alımı sözleşmesi kapsamında aynı alt işverenin işçileri grup grup ayrılarak birbirlerinden farklı işleri farklı birimlerde yapmaktadırlar. Bir grup temizlik işi yapmakta, bir diğer grup hastabakıcı olarak çalışmakta, başka bir grup ise büro işlerinde çalıştırılmaktadır. Bu uygulamanın öncekinden farkı, her grupta yer alan işçiler hep aynı işi yapmakta, gruplar arasında kaydırma olmamaktadır.

■ Alt işveren şirketlerin ana faaliyet konularını gösteren unvanları ve asıl merkez işyerlerinin girdiği işkolları dikkate alındığında, kamu işverenlerinden ihale ile aldıkları işlere ilişkin hizmet alım sözleşmelerinin konuları çoğu zaman örtüşmemektedir. Bu durum alt işverenlerin asıl işverenden alacakları işte belli bir

38- Yarg. 22. H.D., 18/01/2016 T., E. 2015/34774, K. 2016/799.

uzmanlığa sahip olmaları gereği ile hiç uyuşmamaktadır.

■ Bazı alt işverenlerin temizlik, gıda, tekstil, inşaat, turizm, ticaret, büro hizmetleri gibi çok farklı ve birbiriyle ilgisiz alanlarda faaliyet gösterdikleri izlenimini vermeye çalıştıkları görülse de merkez işyerlerinin faaliyetleri incelendiğinde bu alanlardan hiç birisinde kayda değer bir uzmanlıkları olmadığı anlaşılmaktadır.

■ Kamu kesimi işverenlerinden iş alan alt işveren şirketlerinin bazen bir ortaklık oluşturularak ihaleyi aldıkları ve aynı hizmet alım sözleşmesinin tarafı oldukları görülmektedir. Hizmet alım sözleşmeleri ve eki teknik şartnameler incelendiğinde, ihale ile aldıkları işin hangi kısmının hangi alt işveren tarafından yaptırılacağı, asıl işverene karşı hangisinin ne ölçüde sorumlu olacağı, çalıştırılacak işçilerin hangi alt işveren tarafından seçileceği konuları belirsizlik içindedir. Sadece bu durum bile yapılan hizmet alımı sözleşmelerinin uygulamada aslında işçi temini amaçlı olduğunu göstermektedir.

■ Alt işverenlerin alt işverenlik sözleşmeleri uyarınca işyeri tescilleri yapılırken işyerinin gireceği işkolunun kaydında hatalar yapılmaktadır. Alt işverenlerin T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlüklerinin ilgili

birimlerine vermeleri gereken işyeri bildirgesinde "yapılan işin niteliği" konusunu belirtmeleri gerekir. Kasıtlı olmasa bile gerçeği yansıtmayan eksik bilgilerin verilmesi yahut alt işverenin kendi merkezinin bulunduğu asıl işyerindeki ana faaliyet konusunun girdiği işkolunun kamu işvereninden ihale ile aldığı işin konusundan farklı olması durumunda, işyeri tescilini yapan ve işkolunu belirten birim, ihale konusu işin ayrıntılarını tam olarak bilemediği için alt işverenin merkezdeki asıl işyerinin işkolunu, ihale ile alınan işin konusu çok farklı da olsa bu iş için de belirtebilmektedir.³⁹ Bu tür durumlarda izleyen ihale döneminde yeni hizmet alımı sözleşmesi yapılırken ihaleyi başka bir alt işveren alırsa, devraldığı işçileri aynı işlerinde çalıştırmaya devam ederse ancak kendi merkez asıl işyerinin farklı bir işkolu kapsamında bulunması söz konusu olur ve benzer bir hata ile işkolu olarak bu yeni ve farklı işkolu kaydedilirse, alt işveren işçileri aynı işyerinde aynı işi yaptıkları halde işyerlerinin işkolu değişecektir. Bu işçilerin önceki işkolundaki bir sendika-

39- Bu konuda T.C. Eskişehir 2. İş Mahkemesinde görülen bir davada "Başiboş Sokak Hayvanlarının Toplatılması ve Kent Zararlılarına Karşı İlaçlama İşlerinde Destek Hizmeti alımı" esas olduğu halde işyeri bildirgesinde "Şoförlü Araç Hizmet Alımı" ifadesi geçtiği için ve alt işverenin kendi asıl merkez işyeri 494101 kodu ile Karayolu ile Şehir İçi Yük Taşımacılığı" olarak görüldüğü için, 15 No'lu Karayolu Taşımacılığı İşkolu olarak kayda geçmiştir.

ya üyelikleri varsa, bu üyelikler düşecektir. Uygulamada sırf bu nedenle uyuşmazlıklar çıkmakta ve alt işveren işçilerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanakları neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Çünkü itirazında haklı görülen bir sendika yetki alabilse bile hizmet alım sözleşmesinin süresi bitmiş olmakta veya çok az bir süre kaldığı için toplu iş sözleşmesi yapılamamaktadır.

■ Alt işverenlerin işyerlerinin hangi işkoluna girmesi gerektiği konusundaki işkolu tespitlerine itirazlarla ilgili davalarda ortaya çıkan sonuç, bazen davacı ve davalı tarafların hiçbirisini haklı bulmamakta, yapılan ilk işkolu tespitinden ve davacının talebinde ileri sürülen işkolu iddiası dışında, farklı bir üçüncü işkolu tespiti yapılabilmektedir. 22.H.D.'nin 18/01/2016 tarihli bir kararında, alt işveren işyerinin sağlık işkolunda yer aldığına ilişkin tespiti karşı davacı sendika işyerinin "genel işler" işkoluna girdiğini iddia etmiş, ancak 22.H.D. kararı, ilgili işyerinin ticaret, büro, eğitim işkolunda yer aldığı şeklinde olmuştur.⁴⁰

Alt işverenlerin kamu işverenlerinden ihale ile aldıkları işlerle ilgili işkolu tespiti ile ilgili davalarda yüksek mahkeme kararları

gözden geçirildiğinde, genellikle alt işverenlerin asıl işverenden ayrı olarak işveren sıfatına sahip olduğu, alt işverenlerin işyeri veya işyerleri için yapılacak işkolu tespitlerinin asıl işverenin işyeri veya işyerlerinden bağımsız yapılması gereğinin ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay 7.H.D.'nin 01/06/2015 tarihli bir kararında, alt işverenlere ait işyerlerinde filen yapılan işin belirlenmesi, birden fazla iş yapıyorsa ağırlıklı işin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ağırlıklı iş belirlenirken de işçilerin hangi işi yaptıkları, aynı işçi birden fazla iş yapıyorsa ayrı ayrı zamanının ne kadarını bu işlere ayırdığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴¹

■ Yargıtay 7. H.D. 14/09/2015 tarihli bir başka kararında da kamu hastanelerinde hizmet alım sözleşmesiyle alt işverene verilen işlerde ÇSGB' nin 17/12/2011 tarihli iş kolu tespiti "Sağlık İş kolu" iken ve yerel mahkeme kararı da alt işveren işçilerinin yapmakta oldukları işin sağlık hizmetlerinin ayrılmaz bir parçası olduğu gerekçesiyle ÇSGB Tespiti ile aynıyken, 7. H.D., yerel mahkeme kararını bozmuştur. 7. H.D.'nin kararı, alt işveren işçilerinin yaptığı işin "ticaret, eğitim, büro, güzel sanatlar" iş koluna girdiği şeklinde-

40- Yarg. 22. H.D., 18/01/2016 T., E. 2015/34774, K. 2016/799.

41- Yarg. 7.H.D., 01/06/2015 T., E. 2015/21388, K.2015/10629.

dir. Kararın gerekçesi, alt işveren işçilerinin yaptıkları işin hizmet alımı sözleşmesinde belirtildiği gibi olmamasıdır.⁴²

■ Yargıtay 9.H.D.'nin 28/04/2015 tarihli kararında, yerel mahkemenin, alt işveren işçilerinin Kartal Yavuz Selim Devlet Hastanesi ve Tekirdağ Çorlu Devlet Hastanesi'nde, ihale kapsamında sağlık hizmetlerinde ve yardımcı sağlık hizmetlerinde çalıştıkları, veri giriş ve yazılım işlerinin de sağlık hizmetlerinin bir parçası olduğu gerekçesiyle işyerlerinin sağlık iş kolunda sayılması gerektiği şeklindeki kararı bozulmuştur.

Bozma gerekçesinde, alt işveren işyerlerinin iş kolu ile ilgili tespiti belirtilmemiş, yerel mahkeme kararı eksik inceleme nedeniyle bozulmuştur. 9. H.D. kararlarında olduğu gibi, alt işveren işçilerinin fiilen yaptıkları işlerin, birden fazla iş yapıyorlarsa ağırlıklı yaptıkları işin belirlenmesinin, işçilerin kaçının sağlıklı iş kolu kapsamındaki işlerde, kaçının büro işlerinde çalıştığının açıkça ortaya konması gerektiği belirtilmiştir.⁴³

■ Yargıtay 9. H.D.'nin 10/11/2015 tarihli bir kararı da aynı mahiyettedir. Trabzon Fatih Devlet Hastanesinde alt işveren şirket ile "Malzemeli Temizlik Hizmet Alımı" sözleş-

mesi yapılmış, ÇSGB 30/10/2010 tarihli kararı ile "Genel İşler" şeklinde iş kolu tespiti yapmıştır. Davacı Sendika dava açarak alt işveren işyerinin "Sağlık" iş koluna girdiğinin tespitini işlemiş, yerel mahkeme ÇSGB tespiti doğrultusunda karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine 9. H.D. eksik inceleme nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Hastane daimi kadrolu personeli olarak hasta bakıcı olmadığından, temizlik ihalesi ile işe alınan alt işveren işçilerinin hasta bakıcılık yaptıkları, ancak ağırlıklı olarak temizlik işlerinde mi hasta bakıcılık hizmetlerinde mi çalıştıklarının belirlenmemiş olması eksik inceleme nedeni olarak gösterilmiştir.⁴⁴

■ Yargıtay 22.H.D.'nin 09/11/2015 tarihli kararında ÇSGB tarafından, sağlık iş kolu olarak yapılan tespit, yerel mahkeme tarafından da aynı şekilde kabul edilmesi yönündeki karar bozulmuştur. Kamu kurumu hastanesi ile alt işveren arasında hasta- ziyaretçi yönlendirme hizmet alımı sözleşmesi yapılmıştır. 22.H.D. alt işveren işçilerinin hizmet alımı sözleşmesinin konusu olan işlerde çalıştırıldığını dikkate alarak alt işveren işyerinin iş kolunu "Genel İşler" olarak karara bağlamıştır.⁴⁵

42- Yarg.7. HD., 14/09/2015 T., E. 2015/25600, K. 2015 /14750.

43- Yarg. 9. H.D., 28/04/2015 T., E. 2015 11255, K. 2015 /15215.

44- Yarg. 9. H.D., 10/11/2015 T., E. 2015/31595, K. 2015/31796.

45- Yarg. 22. H.D., 09/11/2015 T., E. 2015/30074, K. 2015/30393.

■ 22. H.D.'nin 23/11/2015 tarihli bir başka kararı da bir devlet üniversitesi hastanesi ile alt işveren arasında yapılan hizmet alımı sözleşmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye göre alt işveren işçileri biyomedikal, elektrik, elektronik, inşaat, sıhhi tesisat, metal kaynak, marangozluk işleri yapacaklardır. ÇSGB alt işveren işyerinin iş kolunu "Genel İşler" olarak tespit etmiş, davacı iş kolunun "Sağlık ve Sosyal Hizmetler" olması gerektiğini ileri sürmüştür. Yerel mahkeme ÇSGB kararını benimseyerek davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine 22.H.D. eksik inceleme nedeniyle kararı bozmuştur. Eksik inceleme gerekçesi olarak, hizmet alım sözleşmesinde belirtilen her bir işin farklı bir iş koluna girdiği, yapılan her işin niteliğinin belirlenmesi ve alt işverenin ağırlıklı olarak üstlendiği işin buna göre açıklığa kavuşturularak iş kolu tespiti yapılması gerekirken bunun yapılmamış olması gösterilmiştir.⁴⁶

■ 22.H.D.'nin oldukça yeni tarihli bir kararı, ÇSGB işkolu tespit kararına karşı yapılan itiraz nedeniyle açılan davada, davacının ileri sürdüğü iş kolu konusunda da aynı görüşü paylaşmayan 22.H.D.'nin alt işverenin işyeri ile ilgili iş kolunun farklı ve üçüncü bir iş kolu olmasıyla ilgilidir.

Aydın Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi ile alt işveren şirket arasında "Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni Hizmet Alımı" sözleşmesi yapılmıştır. ÇSGB alt işveren işyerinin "Sağlık" iş koluna girdiğine dair iş kolu tespit kararı vermiş, davacı yapılan asıl işin temizlik işi olduğunu ileri sürerek işyerinin "Genel İşler" iş koluna girdiğinin tespitini istemiştir. 22. H.D., müfettiş ve bilirkişi raporlarında Veri Hazırlama ve Tıbbi Sekreterlik hizmetleri yapıldığının belirlenmiş olmasına dayanarak alt işveren işyerinin girdiği iş kolu "Ticaret-Büro-Eğitim-Güzel Sanatlar" iş kolu olarak tespit edilmiştir.⁴⁷ 22. H.D.'nin aynı tarihli bir başka kararı da tamamen aynı konudur.⁴⁸

Yukarıda örnek olarak değinilen Yargıtay kararlarında ve benzerlerinde, alt işveren işyerlerinin asıl işverenin işyerinden bağımsız ve ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve iş kolu tespitlerinin de asıl iş yerinden ayrı yapılması gerektiği konusunda görüş birliği vardır.

Yargıtay'ın 7., 9., ve 22. Hukuk Dairelerinin iş kolu tespitleriyle ilgili kararları değerlendirildiğinde, yerel mahkemelerin kararlarını bozma nedeni olarak bazen farklı iş kolu tespitine karar veril-

47- Yarg. 22. H.D., 18/01/2016 T., E. 2015/34774, K. 2016/799.

48- Yarg. 22. H.D., 18/01/2016 T., E. 2015/35699, K. 2016/801.

46- Yarg. 22. H.D., 23/11/2015 T., E. 2015/31096, K. 2015/31026.

diği görülse de, çoğunlukla "yeterli inceleme yapılmamış olması" gösterilmektedir.

Esasen bu tablo şaşırtıcı da değildir. Çünkü çalışmanın önceki kısımlarında da değinildiği gibi, kamu kurumu işverenlerinin Kamu İhale Kanunu kapsamında alt işverenlerle yaptıkları hizmet alım sözleşmelerinin neredeyse tamamı, tek bir işyerini ve tek bir işi-tek bir faaliyeti öngören sözleşmeler olmaktan uzaktır. Yemekhane veya özel güvenlik hizmetleri gibi tek bir işin alt işverenlere verildiği durumlarda iş kolu tespitinde önemli bir sorun çıkmamaktadır. Ancak sorunlara yol açan hizmet alımı sözleşmelerinde, asıl işin bir bölümünde değil birçok bölüm ve biriminde ve birden fazla mesleki faaliyet gerektiren işlerde çalıştırılmak üzere geçici işçi alımı söz konusu olmaktadır. Bu durumda sağlıklı bir iş kolu tespiti yapılması neredeyse imkânsızdır. Yargıtay'ın konuyla ilgili daire kararlarında, hizmet alımı sözleşmelerinin adlarının önemli olmadığı, alt işveren işçilerinin fiilen yaptıkları işin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Birden fazla mesleki faaliyetin yapılmasını gerektiren işler varsa, bu işlerden hangisinde daha çok işçi çalışıyorsa bu işin iş kolu tespitinde esas alınması gerektiği, aynı iş-

çiler alt işveren işyerlerinde farklı işler yapıyorlarsa zamanlarının çoğunu hangi işte çalışarak geçiriyorlarsa o işlerin esas alınarak iş kolu tespiti yapılması, kararlar da genel kabul gören kriterlerdir. Ancak bütün bunların tespitinde çeşitli zorluklar vardır.

Düşünülecek olursa üç grup farklı iş için her grupta eşit sayıda işçinin çalıştığı bir alt işveren işyerinde, bu üç grup farklı işten hangisi ağırlıklı iş olarak kabul edilecektir?

Farklı işlerin yapıldığı bir alt işveren işyerinde farklı işlerde çalışan işçi gruplarının sayısı birbirine çok yakınsa, işten çıkarılmalar yaşandığında, işçi sayısı biraz fazla olan ve öne çıkan grup geriye düşüyorsa, yapılmış olan iş kolu tespiti geçerliliğini koruyacak mıdır?

Alt işveren işçileri birden fazla işi yapıyorsa, örnek vermek gerekirse hem hasta bakıcı, hem temizlik elemanı olarak çalışıyorlarsa, ağırlıklı olarak yapılan iş de zaman zaman koşullara göre değişiyorsa, hasta yoğunluğunun fazla olduğu bir dönemde hasta bakıcılık görevinin ağırlıklı olarak yürütüldüğü bir dönemde iş kolu tespiti yapılırsa farklı bir sonuç, aksi durumda daha farklı bir sonuç çıkabilir.

Yukarıda değinilen örneklerle daha başkaları da eklenebilir.

Yargı kararları ile bazı kriterlerin öngörülmesi elbette önemlidir. Ancak mevcut uygulamalarda alt işveren işyerlerinin hangi iş koluna gireceğinin tespiti son derece zordur. Bu nedenle alt işveren işçilerinin toplu iş sözleşmesi haklarından yararlanmaları tesadüflere kalmaktadır. Alt işveren işçilerinin korunması ve bu kapsamda toplu iş sözleşmelerinden yararlanabilmeleri gerçekten isteniyorsa, sadece tek bir işin-tek bir üretim faaliyetinin alt işverene verildiği hizmet alımı sözleşmeleri ile, asıl işin birden çok bölüm ve birimde, birden fazla işin-birden fazla mesleki faaliyetin yapılmasını öngören hizmet alımı sözleşmelerinin işkolu tespitlerinde farklı bir yaklaşım düşünülebilir. İkinci durumda, asıl işverenin işyerinin girdiği işkolu esas alınabilir ve alt işveren işçilerinin toplu sözleşme haklarını engelleyen yasal bir düzenleme olmasa da bu hak sadece kağıt üzerinde kalmaya devam edecektir.

SONUÇ

Kamu kesiminde alt işveren işçisi olarak çalışanların sorunları devam etmektedir. İşçi haklarının korunması açısından kamu kesiminin daha duyarlı davranması ve öncü olması beklenirken farklı bir görünüm vardır. Alt iş-

verenlik ilişkileri yaygın şekilde kurulmakta ve değişik boyutlarda sorunlar yaşanmaktadır. Muvazaalı hizmet alımı sözleşmeleri, kanuna aykırı hizmet alımı sözleşmeleri başta kamu hastaneleri ve belediyeler olmak üzere pek çok kamu kuruluşu ilişkilerinde görülmektedir.

Kadro kısıtlamaları, kendi iş mevzuatlarının sınırlandırılmaları nedeniyle kamu kesimi işverenleri, ihaleye çıkararak hizmet alımı sözleşmeleri yapmakta ve eleman açıklarını bu şekilde kapatmaya çalışmaktadırlar. Görünürde alt işverenlik sözleşmesi yapılmakta, ancak aslında geçici işçi temin edilmektedir.

Yapılan bazı yasal düzenlemeler de Kamu İşverenlerinin bu uygulamalarını destekler mahiyettedir. Yüksek Mahkeme kararları isabetli bir şekilde kamu kesimi işverenlerinin bu konuda ayrıcalıklı sayılmayacağını ortaya koymuştur. Bununla beraber bazı yüksek mahkeme kararlarının muvazaa kriterlerini dar tutarak yorumlaması, kamu kesimi işverenlerini kayırcı niteliktedir.

Yaşanan sıkıntılar nedeniyle 6552 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerde kamuda çalışan alt işveren işçilerinin lehine bazı hükümlere de yer verilmiştir. 4857 sayılı Kanunda alt işverenlik sözleşmesi için öngörülen koşulla-

rın, muvazaa yasaklarının kamu kesimi işverenleri için de geçerli olması, ihalelerde yüklenme sürelerinin üç yıla çıkması, sendikal hakların korunmasına çalışılması, hizmet alım sözleşmesinde belirtilen iş dışında işçilerin çalıştırılmaması gibi hususlar elbette olumlu bulunmaktadır.

Ancak bunların yeterli olduğu ileri sürülemez. Uygulamada karşılaşılan durum sağlıklı bir hukuki alt yapı oluşturulamadığını göstermektedir. Nitekim kamuda işverenlerin işyerlerinin iş kolu tespitleri ile ilgili davaların çokluğu ve zorluğu buradan kaynaklanmaktadır.

Kamu kesimi işverenlerinin faaliyet alanı çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesidir. Kamu hizmetlerinde esas olan hizmetin zamanında ve yeterli düzeyde sağlanmasıdır. İş gücü maliyeti endişeleriyle yeni bir istihdam türü yaratılması, değinilmeye çalışılan çeşitli sorunları ortaya çıkarmaktadır.

Herhangi bir kamu hizmet birimi için eğer gerçekten personel ihtiyacı varsa, bu personelin sayısı ve nitelikleri objektif kriterlere göre norm kadro düzenlemeleriyle belirlenmeli ve bunlar ilgili kuruluşun kendi kadrolu çalışanları olmalıdır.

Kamuda çalışan alt işveren işçilerinin daimi kadrolara atanması konusunda bazı yetkililerce yapılan açıklamalar çalışanlar arasında heyecan yaratmış ancak bugüne kadar nasıl bir uygulama yapılacağı netlik kazanmamıştır. Sadece asıl işte çalışanların daimi kadroya aktarılacağı ve sınav yapılacağı söylentileri tedirginlik yaratmıştır. Asıl iş-yardımcı iş ayrımı kolay değildir. Bazı işler bazı işyerleri için asıl iş ancak başka işyerleri için yardımcı iş niteliğinde olabilir. Bu nedenle kamuda çalışan alt işveren işçilerinin sorunlarının kalıcı olarak çözümü isteniyorsa, siyasi amaçlı yaklaşımlarda bulunulmamalı, gerçek ihtiyaçlara dayanan mesleki yeterlilik ve hizmet verimliliğini esas alan, rasyonel ve kalıcı bir kamu istihdam politikası oluşturulmalıdır.

06/05/2016 tarihinde kabul edilen 6715 sayılı Kanun'daki düzenlemelerin ve özellikle 4857 sayılı Kanununun değişen 7. maddesindeki "Geçici İşçi Sağlama Sözleşmesi" yapma imkânının yasal bir zemine oturtulması, sıkıntıları ortadan kaldırmaya değil, artırıcı nitelikte görünmektedir. Ayrı ve kapsamlı değerlendirmelerin konusu olacak bu düzenlemenin uygulanması yaygınlaşmadan yeniden ele alınması umulur.

KAYNAKÇA

- AKMAN Alpaslan : "Yargıtay Kararları Işığında Alt İşveren-Asıl İşveren Uygulamalarında Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2014.
- AKYİĞİT Ercan :4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, 2008.
- AKYİĞİT Ercan : "Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Alt İşverene Verilirken Muafiyet Var mıdır?" ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2015/2.
- AKYİĞİT Ercan : "Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldekinden Farlı mıdır?" TÜHİS, 2014.
- AKYİĞİT Ercan : "Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları", SİCİL, Yıl:5, S. 17, 2010.
- AYDIN Ufuk : "6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 5, 2015.
- AYDINLI İbrahim : "Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu", Ankara, 2008.
- BAYBORA Dilek : "İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 2, S. 2, 2010.
- CANBOLAT Talat : "Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri", İstanbul, 1992.
- ÇALIK Abdurrahman : "Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler", ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, C. 2, S. 3 (Eylül-Aralık 2014).
- ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin : İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Ya., Ankara, 2011.
- ÇELİK Nuri : "İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Önemli Bazı Sorunları" SİCİL, Yıl 5, S. 17, 2010.
- DEMİRCİOĞLU Murat /CENTEL Tankut :İş Hukuku, 18. B., İstanbul, 2015.
- GEREK Nûvit:"İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanununun Düşündürdükleri", TÜHİS, Şubat-Kasım 2014.
- HEKİMLER Alpay:"Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi", Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, 2012.
- KAPLAN Emine Tuncay:"Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A. Can TUNCAY'a Armağan, 2005.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/Astarlı Muhittin/ BAYSAL Ulaş:İş Hukuku, 6.B., Ankara, 2014.
- ÖZCAN Durmuş:Uygulamalı İş Davaları, 3. B., Ankara, 2016.
- SÜZEK Sarper:İş Hukuku, 11. B., İstanbul, 2015.
- ŞAHLANAN Fevzi:"Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları", İÜHFM C. LXXII, S. 2, 2014.
- ŞAKAR Müjdat:Gereççeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 7. B., Ankara, 2015.
- ŞEN Murat /NANECİ Ash:"Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi", SİCİL, Eylül 2009.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Tarih: 01.06.2015, Esas No: 2015/21388, Karar No: 2015/10629.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Tarih: 14.09.2015, Esas No: 2015/25600, Karar No: 2015/14750.

- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Tarih: 02.03.2016, Esas No: 2016/7042, Karar No: 2016/5323.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 12.02.2007, Esas No: 32217, Karar No: 32589.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 29.01.2007, Esas No: 2007/309, Karar No: 2007/1006.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 22.12.2008, Esas No: 2008/41361, Karar No: 2008/34689.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 23.02.2009, Esas No: 2008/22857, Karar No: 2009/3226.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 05.11.2015, Esas No: 2015/21977, Karar No: 2015/31230.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 28.04.2015, Esas No: 2015/11255, Karar No: 2015/15215.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 10.11.2015, Esas No: 2015/31595, Karar No: 2015/31796.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 14.04.2016, Esas No: 2015/29682, Karar No: 2016/9440.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 19.11/2012, Esas No: 2012/25503, Karar No: 2012/25713.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 20.01.2015, Esas No: 2014/35121, Karar No: 2015/441.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 02.12.2015, Esas No: 2016/2202, Karar No: 2016/6481.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 09.11.2015, Esas No: 2015/30074, Karar No: 2015/30393.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 23.11.2015, Esas No: 2015/31096, Karar No: 2015/31026.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 18.01.2016, Esas No: 2015/34774, Karar No: 2016/799.
- Yargıtay 22. Hukuk dairesi, Tarih: 18.01.2016, Esas No: 2015/35699, Karar No: 2016/801.

