

**T.C. YARGITAY**  
**Hukuk Genel Kurulu**  
**ESAS NO: 2015/22-1990**  
**KARAR NO: 2015/1874**

## Y A R G I T A Y İ L A M I

### İNCELENEN KARARIN

**MAHKEMESİ:** Kütahya 1. İş Mahkemesi

**TARİHİ:** 12.03.2015

**NUMARASI:** 2014/1001-2015/201

**DAVACI:** Nuri Dere adına Türkiye Enerji, Su ve Gaz İşçileri Sendikası vekilleri Av. Mehmet Reha Akan, Av. Metin Koçak

**DAVALI:** Elektrik Üretim Anonim Şirketi vekili Av. Yeliz Koçak

Taraflar arasındaki "işçilik alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kütahya İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 10.03.2014 gün ve 2013/394 E. 2014/332 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 23.06.2014 gün ve 2014/14968 E. 2014/18495 K. sayılı ilamı ile "...Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili, davalının davalı EÜAŞ'ın Seyit Ömer 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 davalının 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, davalının 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 davalının kendi işçileri olmadığını, davalının 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, davalının 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 davalının taleplerinin yersiz olduğunu; çünkü davalı işverenin söz konusu 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 imkân tanıdığını; davalı işverenin bir kamu kurumu olup, muvazaa yapmasının mümkün olmayacağını; davalının yaptığı işin de asıl işlerden olmadığını; davalının 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 davalının 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 kâğıtlar 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 bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu nedenle öncelikle alt işverenlik ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. 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." Belirtilmelidir ki asıl iş, mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir. Bu iş doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alır ve üretimin zorunlu unsurudur. Asıl işverenin faaliyet alanına göre belirlenir. Yardımcı iş ise 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. Yardımcı iş ise 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 iş olarak tanımlanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4 maddesi uyarınca asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalı, 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 olmalı, alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalı, 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 olmalı ve alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ne var ki daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez. Alt işverenlik sözleşmelerinin uygulamada kamusal alandaki mal ve hizmet üretiminde yarattığı sıkıntı nedeniyle asıl iş yönünden kamuya ayrıcalık getiren ve 01.07.2006 tarih 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen fıkralar uyarınca, "...(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak 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 fıkroda 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 fıkroda belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan 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." Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işveren ilişkisini düzenleyen 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. İş Kanunu'nun 2. maddesine 5538 sayılı Kanunla eklenen sekizinci fıkra ile, kamu işverenlerinin özel sektör işverenlerine uygulanan sınırlamalara tabi olmaksızın, yüklenicilere (alt işverenlere) 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/Çalıştay, Kamu-İş Yayını, Antalya, s.125-134 s.135). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen bu yeni fıkroda en çarpıcı nokta, hizmet alımına dayanak teşkil edecek şartname ve sözleşmelere konulamayacak hükümleri düzenlemesidir. Bu fıkroya 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. Akyiğit, Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhitte 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). Bilindiği üzere mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi ile aynı doğrultuda düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 19. maddesi uyarınca, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır ve borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz. O halde muvazaa; 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 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesine de aykırıdır. İş hukuku uygulamasında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması halinde müeyyidesi 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde, "...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 İşverenlik Yönetmeliğinin konuya ilişkin 3. maddesinde ise, " 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, ihtiva eden sözleşme..." olarak belirtilmektedir. Anılan yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca, "(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." Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca muvazaa olgusunun varlığının değerlendirilmesine 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 bulundurulmalıdır. Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinde, 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; istihdam 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 yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir. 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 olayda asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır. Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut uyumsuzluğun incelenmesinde; davacının, alt işverenin davalıya göre farklı bir işkolunda imzaladığı toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını talep ettiği anlaşılmaktadır. 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 dâhil 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. Bu nedenle 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. Ancak 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca bir işin veya hizmetin alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Davalı 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine 5538 sayılı Kanunla eklenen 8 ve 9. fıkralar uyarınca asıl işi verebilme imkânına sahip ise de anılan fıkralar maddenin 6 ve 7. fıkralarında belirtilen sınırlamaları kaldırmamaktadır. Zira davalı 4857 sayılı Kanun'un istisnalara ilişkin 4. maddesi kapsamında olmayıp, Kanunun 1. maddesinde de belirtildiği üzere İş Kanunu 4. maddesinde yer alan istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır. Buna göre İş Kanununda yer alan alt işverenlik ilişkilerini sınırlandıran ve muvazaa yaptırımına bağlayan 2. maddesi hükmü EÜAŞ ile alt işverenler arasında kurulan ilişkilere de uygulanacaktır. 4857 sayılı Kanunda yer alan alt işverenliğe ilişkin düzenlemeler, alt işverenlik ilişkilerini kamu işverenleri veya özel sektör işverenleri ile kurulanlar şeklinde bir ayırım yapmaya da imkân vermediği gibi Kanunun 2. maddesinin 8 ve 9.fıkralarının Anayasa'ya aykırılık iddiası, tamamlayıcı ve diğer sınırlamaları kaldırmadığı belirtilerek yetkisizlik gerekçesi ile reddedilmiştir. Öte yandan 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 fıkra da, 14.03.2013 tarih ve 6446 sayılı Kanun'un 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Davalı tarafından imzalanan hizmet alım sözleşmeleri incelendiğinde, genel 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 yaptırılmasına dair sözleşmeler yapıldığı, sözleşmelerde çalıştırılacak işçi sayısının sabit olduğu, sadece alt işverenlerin ve sözleşme sürelerinin değiştiği, şartnamede alınacak işçilerin unvanlarının ayrı ayrı belirtildiği, bilirkişi raporu uyarınca asıl işverenin alt işverenin ücret bordrolarını tutan işçisi dışında diğer işçileri sevk ve idare eden işçisi bulunmadığı, puantaj kayıtlarının EÜAŞ tarafından belirlenen kişilerce tutulduğu, işe alan ve çıkarmanın EÜAŞ olduğu, davacı ve alt

işveren şirket işçilerinin asıl işveren EÜAŞ işçileri ile aynı şekilde ve üretimin her bölümünde çalıştıkları, emir ve talimatların EÜAŞ tarafından verildiğini, çalışma şartlarının ve yıllık izinlerin EÜAŞ tarafından belirlendiği, alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin değişmediği, bu işçilerin bir kısmının asıl işlerde, bir kısmının ise yardımcı işlerde çalıştırıldığı, davacı ve alt işveren işçilerinin yapılan iş ve hizmette EÜAŞ tarafından temin edilen ve yine davalıya ait araçları kullandıkları anlaşıldığından sonuç olarak ihalelerin hizmet ve iş üzerinden değil işçi sayısı üzerinde yapıldığı, dolayısıyla işçi temin edildiği kabul edilmiştir. Ayrıca davalı EÜAŞ asıl işin bölünerek verilmesi için teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kriteri ortaya koyamamış, “gerekli görülme halini” kanıtlayamamıştır. Nitekim alt işverenlik sözleşmesinin konusunu teşkil eden işler dava dışı alt işverenlerin faaliyet alanına girmediği gibi anılan alt işverenler alt işverenlik sözleşmesinde verilen birden fazla asıl işle ilgili olarak uzman da değillerdir. Asıl olan işverenin asıl işlerini kendi işçileri ile yürütmesi olduğundan yukarıda belirtilen nedenlerle davalı tarafından kurulan alt işverenlik sözleşmeleri muvazaalı nedeniyle geçersizdir. 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 uyumsuzluğun 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 hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemeyeceğinden davalının dürüstlük kuralına aykırı davranması nedeniyle muvazaalı eyleminin sonuçlarına katlanması ve bu nedenle de davacının başlangıçtan itibaren EÜAŞ işçisi olarak kabulü ile hak ve alacaklarının buna göre belirlenmesi zorunludur. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce somut olayda davalının 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanarak asıl işin tamamı ya da bir kısmını 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebileceği; bu nedenle davalı ile alt işverenler arasındaki ilişkinin hukuken geçerli olarak kurulduğu ve muvazaalı olmadığı, 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 gerektiği belirtilmiş ise de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. O halde, yerel mahkemece, davalının imzaladığı alt işverenlik sözleşmelerinin muvazaalı nedeniyle geçersiz olduğunun ve davacının başlangıçtan itibaren EÜAŞ işçisi olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ne var ki davalı vekilinin hükmedilen miktarlara yönelik temyiz itirazları bozma nedenine göre Özel Dairece incelenmemiştir. O halde, dosyanın davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun olup, davalı vekilinin bozma nedenine göre daha önce incelenmeyen işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, 30.09.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Seyit ÇAVDAR Birinci Başkanvekili Bozma

Ayşe ÖZÇELİK 3.H.D. Bşk. Bozma

Şerife ÖZTÜRK 4.H.D. Bşk.

Feyzi ALTINOK 20.H.D. Bşk. Bozma

Erdoğan BUYURGAN 5.H.D. Bşk.

Hamit DÜNDAR 23.H.D. Bşk. Bozma

Ömer Uğur GENÇCAN 2.H.D. Bşk.

Mesut BALCI 21.H.D. Bşk.

Ömer Hicri TUNA 7.H.D. Bşk.

Hacı Hüseyin ÜNALDI 1.H.D. Bşk.

Fahri AKÇİN 8.H.D. Bşk.

Bozma Seracettin GÖKTAŞ 22.H.D. Bşk. Bozma

Recep YALÇIN Bozma

Kadir DOĞAN 6.H.D.Bşk.V. Bozma

Neslihan SEVER

Z.Nilgün HACİMAHMUTOĞLU

Levent YAVUZ Bozma  
Filiz PINARCI Bozma  
Emine Güler ELVERİCİ  
Leyla Elen KÖKSAL Bozma  
Ali İNCEMAN  
Aysel KOÇAK Bozma  
Abdullah YAMAN Bozma  
Mustafa Kemal TEPEDELEN  
Gültekin DİNÇ  
Candaş İLGÜN Bozma  
Hüseyin Güngör BABACAN Bozma  
Nurettin TÜRKMEN  
Önder AYTAÇ Bozma  
Saliha Nuran CANPOLAT Bozma  
Ahmet TAŞKIN Bozma  
Günel AKYOL  
Ferudun AYDIN  
Nazmiye B. KUŞÇUOĞLU Bozma  
Ahmet Hamdi GÜLER Bozma  
Şanver KELEŞ Bozma  
Ahmet ARSLAN  
Ömer KIZILKAYA Bozma  
Sevim ÇAKIRBAY  
Bektaş KAR  
Fatma Feyza ŞAHİN  
Gülsüm MISIR  
Nadir GÜNGÜNEŞ  
Sevinç TÜRKÖZMEN  
Gülfem SAYGILI  
Erdem ŞİMŞEK  
Doğan KORKMAZ  
Karşılaştırıldı. NT Yz.İşl.Md.

**KARŞI OY:** Davacı vekili, davacı işçinin davalı Elektrik Üretim Anonim Şirketi'nin (EÜAŞ) 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 işletme 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. Hizmet alım ihalesinin işçi temini olmadığı Davalı kurumun yaptığı ihaleler Kamu İhale Kanununa tabi olup idari yargı denetimine açıktır. Ayrıca davalının şirket ana sözleşmesi Kamu İhale Kanunu çerçevesinde hizmet alım ihalelerine imkân tanımaktadır. İşçi temininden söz edilebilmesi için işçiyi temin eden şirketin, bunu talep eden işverenin ve işçinin bulunması gerekir. Ayrıca işçi temini

faaliyetinde iş ilişkisi, işçi ile özel istihdam bürosu arasında değil, işçi arayan işveren ile işçi arasında kurulmaktadır. Somut olayda alt işveren, çeşitli şirketlere veya işverenlere işçi temin eden bir işyeri veya özel istihdam bürosu ve değişik alt işverenler nezdinde çalışan işçiler de temin edilmiş birer işçi değildir. Alt işveren nezdinde ve fakat asıl işverenin işyerinde çalışan ve temin edildiği iddia edilen işçilerin iş sözleşmeleri asıl işverenle değil, alt işverenle yapılmıştır. Aksi halde, asıl işverenden iş alan ve zamanla değişen her alt işverenin işçi temin eden bir şirket olarak görülmesi gerekir ki bu husus iddia ve ispat da edilmemiştir. Temin edilen bir işçi tamamen asıl işverenin işçisi olarak hareket etmek zorundadır. Bu işçiler üzerinde alt işverenin takdir ve yönetim hakkı olmadığı gibi herhangi bir şekilde inisiyatifi de söz konusu değildir. Oysa somut olayda alt işverenlik sözleşmesine konu olan işte çalıştırılan işçiler üzerinde alt işverenin yönetim hakkı bulunmakta, bu bağlamda alt işveren işçi alma ve çıkarma, onlara talimat ve emir verme gibi hususlarda takdir hakkına da sahip bulunmaktadır. Oysa işçi temin eden bir şirketin temin ettiği işçiler üzerinde hiçbir tasarruf ve yönetim hakkı yoktur. İşçi temin eden şirket işçiyi işverene getirdiği ve işçinin asıl işverenle sözleşme yaptığı anda karşılıklı yükümlülükler yerine getirilmiş olur. Böyle bir değerlendirmenin yapılmaması halinde her alt işverenlik sözleşmesini işçi temini olarak kabul etmek gerekir. Genel olarak işverenler işçi teminine yönelik sözleşmelerle farklı işlerde ihtiyaç duydukları işgücünü temin etmeyi amaçlar. Bakım ve onarım, tamir, temizlik, güvenlik veya taşıma gibi işin bir bütün olarak alt işverene verilmesinde işçi temini olarak değerlendirilemez. Somut olayda davalı işveren bakım ve onarım işlerini alt işverene vermiş, koordinasyon ve denetim için yeterli elemanı da aynı işte istihdam etmiştir. Bir işveren, başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temini söz konusu olabilir. Alt işverenlik sözleşmesinin Alt İşverenlik Yönetmeliğinde belirtilen unsurları taşıdığı Yerel mahkeme kararına ve çoğunluk görüşüne göre, alt işverenlik sözleşmesi Alt İşverenlik Yönetmeliğinde belirtilen unsurları taşımadığı için muvazaalı olarak değerlendirilmekte, temel neden olarak Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12. maddesi gösterilmektedir. Oysa aynı Yönetmeliğin 4. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartları ve 10. maddesinde de alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar tek tek gösterilmekte, somut olayda bu şartlara aykırılık bulunmamaktadır. Yerel mahkeme kararında; "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 maksadıyla 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 imkânı tanıyacak bir anlam verilemez." denilmektedir. Kararda, alt işverenlik ilişkilerinin işçinin korunması amacıyla kanun koyucu tarafından sınırlandırıldığı ileri sürülmekte ise de alt işverenliğin gelişimi bunun tamamen aksini göstermektedir. Posta Hizmetleri Kanunu'nun 4/2'nci; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36/III-2'nci; Belediye Kanunu'nun 67'nci ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde asıl işlerin alt işverene verilmesine imkân getirmektedir. Kısaca alt işverenlik gerek mevzuat ve gerekse uygulama açısından yaygınlaşan bir kurumdur. Asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebileceği Davalı, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesi gereğince asıl işin tamamını veya bir kısmını alt işverene verebilir. İşin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektirip gerektirmemesinin bu açıdan bir önemi yoktur. İktisadi Devlet Teşekkülü olan davalı şirketin Ana Statüsünün "Teşekkülün amaç ve faaliyet konuları" başlıklı 6. maddesine göre, şirketin amacının üretim tesislerinde elektrik enerjisi üretmek olduğu ve ihtiyaçlar doğrultusunda Kamu İhale Kanununa uygun şekilde ihale yolu ile hizmet alımı yapılabileceği düzenlenmektedir. Davalı işveren, işyerinde bulunan jeneratör, kömür değirmeni, kömür kırıcıları, buhar kazanı, türbin, konveyör, elektrik ve su tesisatı gibi teknik bakımı gerektiren makineler ile araç ve gereçlerin bakım ve onarım işini Kamu İhale Kanunu çerçevesinde alt işverene vermiş, ihalenin iptali istemiyle açılan davalar Ankara 6. İdare Mahkemesi ve Eskişehir İdare Mahkemeleri tarafından muvazaa bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve anılan kararlar Danıştay tarafından onanmıştır. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda asıl işin tamamının veya bir kısmının alt işverene verilebileceği yönünde özel bir yasa hükmünün bulunmaması durumunda muvazaa olgusunun kabul edileceği tartışma konusu değildir. Bu husus 22. Hukuk Dairesi'nin önceki kararlarında da belirtilmiştir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesi, bir işin



teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren işlerden olmaması halinde bile bölünerek alt işverene verilebileceğine ilişkindir. İş Kanunu'nun 2/6. maddesi ise bir işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması halinde alt işverene verilebileceğini düzenlemektedir. Kaldı ki somut olayda makine, motor ve sözleşmede belirtilen teknik araçların bakım ve onarım işi teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir iştir. Yargıtay'ın birçok kararında belediyeler tarafından yürütülen asıl işlerin 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca bölünerek alt işverenlere verilebileceğine, bu durumda İş Kanunu'nun 2/6. maddesindeki sınırlamaların söz konusu olamayacağına hükmedilmiştir. (Bkz. 9. Hukuk Dairesi, E: 2010/31057, K: 2010/30927; E: 2010/31056, K: 2010/30926; E: 2009/18381, K: 2010/10119; E: 2009/ 21339, K: 2010/13483; E: 2009/23098, K: 2010/19449). Davacı işçilerin uzun yıllar aynı işlerde çalışabileceği, alt işverenler değişse de aynı işçilerin işyerinde çalışmaya devam edebileceği Yerel mahkeme kararında alt işverenler değiştiği halde işçilerin değişmeden çalışmaya devam etmeleri muvazaa nedeni olarak gösterilmiş ve bu durum çoğunluk tarafından da benimsenmiş ise de söz konusu neden alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği ile ilgili bir durum değildir. Diğer bir deyişle, alt işveren işçilerinin uzun yıllar geçmesine ve birçok alt işveren değişmesine rağmen değişmemesi muvazaa nedeni olarak kabul edilemez. Bu durum birçok Yargıtay kararında açıkça belirtilmiş, anılan kararlarda, "...alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir. Mevcut olgulara göre geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesi bulunmaktadır." (Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/47847, K: 2009/37770; E: 2009/47846, K: 2009/37769; E: 2009/47845, K: K: 2009/37768; E: 2011/12940, K: 2012/4925; E: 2009/42282, K: 2010/6655; E: 2009/36961, K: 2009/25309; E: 2009/36960, K: 2009/25308; E: 2010/197, K: 2011/8936; E: 2010/243, K: 2011/12061) denilmiştir. Yargıtay dâhil birçok kamu kurumunda temizlik, servis ve güvenlik gibi hizmetlerin alt işverenlere verildiği, uzun yıllar alt işverenler değiştiği halde çalışanların büyük bir kısmının değişmediği bilinen bir husustur. Alt işveren işçilerinin uzun yıllar aynı işlerde çalışmasını salt bu nedenle muvazaa nedeni saymak yasal temelden yoksun olduğu gibi, böyle bir durumun kabulü kamu kurumlarında çalışan alt işveren işçilerinin muvazaalı çalıştığı sonucunu doğurur. Alt işverenler değiştiği halde işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi işçilerin aleyhine değil, lehine olan bir durumdur. İş hukukunun işçiyi koruyucu hükümler içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, alt işveren işçilerinin aynı işyerinde çalışmaya devam etmelerini muvazaa olarak nitelendirmek ciddi bir yanılgıdır. Çünkü gerek iş ve çalışma hayatının gerçekleri ve gerekse yasal düzenlemeler alt işverenler değiştiği halde alt işveren işçilerinin aynı işyerinde çalışmaya devam etmelerini olması gereken durum olarak görmektedir. Alt işveren ilişkisinin değişmesi ve bir alt işverenin işi sonraki alt işverene devretmesi bir işyeri devri olarak görülmektedir. Hiçbir alt işveren işçisi ihale bitiminde işini kaybetmek veya ihaleyi kaybeden alt işverenin başka yerlerdeki işyerlerine nakil olmak istemez. Kaldı ki alt işverenler değiştiği halde alt işveren işçilerinin değişmeyip aynı işyerinde çalışmaya devam etmeleri gerek İş Kanunu, gerek Alt İşveren Yönetmeliği ve gerekse bir başka kanunda muvazaa nedeni olarak sayılmış değildir. İşçinin lehine olan bir durumun onun aleyhineymiş gibi gösterilmesi hukuki ve mantıklı olmadığı, çalışma hayatının gerçekleriyle örtüşmediği ve iş hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerine aykırı olduğu için yerinde değildir. Alt işverenlerin elektrik üretim işinde bir uzmanlıklarının gerekli olmadığı Yerel mahkeme alt işverenlerin elektrik üretim işinde uzmanlıklarının bulunmadığı ve kömürden elektrik üretimine dair herhangi bir bilgi ve deneyime sahip olmadıkları gerekçesiyle muvazaaya hükmetmiş ise de alt işverenlik sözleşmesine konu olun iş üretim değil, bakım ve onarım işidir. Makine ve teknik aksamın bakım ve onarımı olmadan üretim olamayacağını söyleyerek her iki işi aynı iş olarak kabul etmek teknik olarak hatalıdır. Örneğin, bilgisayarlar olmadan bankacılık işlemlerinin yürümeyeceği açıktır. Bilgisayarların donanım, yazılım, sistem ve bakımları ile ilgili hizmet veren bir alt işveren teknisyenini bankacılık işlemlerini yapan işçilerle birlikte değerlendirmek mümkün değildir. Somut olayda davalı işveren bakım ve onarım işi için alt işverenle bir alt işverenlik sözleşmesi imzalamış, ayrıca teknik ve idari şartname düzenleyerek alt işverenin yerine getirmesi gerekli yükümlülükleri ayrıntılı şekilde tek tek göstermiştir. Önemli olan bu yükümlülüklerin taahhüt edilmesi ve yerine getirilmesidir. Alt işverenin ihtiyaç duyduğu insan kaynaklarını nasıl temin edeceği onun iç sorunudur. Alt işveren uygulamasının olduğu hiçbir ülkede alt işverenler insan kaynakları yönünden tam bir kadroya sahip değildir. Alt işveren işçileri elektrik üretiminde değil, üretim sürecinde kullanılan makinelerin bakım ve onarım işinde uzmandır. Elektrik üretim süreci içinde kullanılan makineleri çalıştırma, konveyörlere, kömür kırıcılarına veya değirmenlerine kömür koyma, yakılan kömürlerden arta kalan cüruf ve külleri boşaltıp tahliye etme gibi işler uzmanlığı gerektiren işler değildir. Bu nedenle örneğin buhar kazanını veya jeneratörü çalıştıran ve başında duran işçinin işi uzmanlığı gerektirmese de bunların arızalanması halinde bakım ve onarımı teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir iştir. Alt işverenlerin şirket olarak sözleşme kapsamında üstlendikleri işi yapabilmeleri için uzun yıllara dayalı

tecrübelerinin ve referanslarının bulunması zorunlu değildir. Bir alt işverenin alt işverenlik sözleşmesi kapsamında aldığı işte uzun yıllara dayalı tecrübesinin olmaması iş hukuku mevzuatı açısından bir muvazaa kriteri olarak öngörülmemiştir. Örneğin, alt işverenlik sözleşmesinde muvazaa kriterlerini sayan Alt İşverenlik Sözleşmesinin 12. maddesinde buna ilişkin bir ölçüt bulunmamaktadır. Benzer bir sınırlamayı İş Kanununda veya bir başka yasada görmek de mümkün değildir. Yasanın açık ve emredici hükümlerini yorum yoluyla genişletmek ve değiştirmek mümkün değildir. Aksi halde yasada ve yasanın ilgili maddesine dayanılarak çıkarılmış olan yönetmelikte belirtilmeyen her hususu muvazaa kriteri olarak göstermek, her alt işverenlik ilişkisini muvazaalı olarak göstermek ve keyfi hareket etmek mümkün hale gelir. İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” denilmekte Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12. maddesinde muvazaa incelemesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar sınırlı şekilde tek tek sayılmaktadır. Alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar anılan yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre; bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenmek zorundadır. Söz konusu liste, belge ve sertifikalar sözleşme ekinde sunulmuş ve teknik şartnamede de gösterilmiştir. Kaldı ki alt işverenlik sözleşmesinin aranan koşulları taşımadığı için geçersizliği iddia da edilmemiştir. Alt işverenlik sözleşmesinde Yönetmeliğin 10. maddesinde sayılan hususların bulunmaması ve bu nedenle geçersiz sayılması ile onun muvazaalı olması birbirinden farklı konulardır. Kısaca alt işverenlik sözleşmesinin geçersizliği ile muvazaalı olması aynı şey değildir. Bir alt işverenin sözleşme kapsamında aldığı işle ilgili olarak iş ekipman listesi ve iş bitirme belgesi ile operatör ve teknik eleman sertifikalarını sözleşmeye eklemiş olması onun uzman olduğunu gösterir. Alt işverenlerin kendi işçi kadrolarının bulunduğu Yerel mahkeme alt işverenin kendi işçi kadrosu bulunmadığı gerekçesiyle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğuna hükmetmiş ise de, işyeri devri ile bu işyerinde çalışan işçilerin devir alan işverenin işçi kadrosuna geçtiği göz ardı edilmiştir. Alt işverenlerin herhangi bir işi asıl işverenden almadan önce yeterli sayıda ve nitelikte işçiyi kadrosu bulundurması zorunlu değildir. Böyle bir usul insan kaynaklarının verimli kullanımı ile bağdaşmaz. Alt işveren nezdinde çalışmakta olan işçilerin tamamı alt işverenin işçisidir. Dolayısıyla alt işverenin sözleşmeye konu işleri yapacak uzman kadrosunun bulunmadığını söylemek hatalıdır. Çünkü alt işverene verilen bakım ve onarım işi teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir iş ve bu işleri yapan kişiler de genel olarak uzmandır. Çoğunluğu uzmanlardan oluşan işçi kadrosunu bünyesinde barındıran alt işverenin kendi uzman kadrosuna sahip olmadığını söylemek mümkün değildir. Alt işveren, alt işverenlik sözleşmesinin sona ermesinde tüm işçilerini alıp kendi işyerine nakledebilir. İş koşullarında işçi aleyhine ağırlaşma veya kötüleşme olması ve bunun işçi tarafından sözleşmenin feshi nedeni yapılması alt işverenlik sözleşmesini muvazaalı hale getirmez. Kısaca somut olayda tüm işçiler alt işverenin işçisidir ve çoğunluğu itibarıyla da uzmandır. Çalıştırılacak işçilerin davalı işveren tarafından onaylanabileceği Mahkeme, alt işveren tarafından işçi alınması durumunda asıl işverenin onayının alınmasını muvazaa nedeni olarak görmüş ise de işçi alıp çıkarma ile bunun asıl işveren tarafından onaylanması hususları birbirinden farklı konulardır. Davalı işyeri stratejik bir sektör olan enerji alanında faaliyet göstermektedir. Termik santralde işe alınacak kişiler hakkında güvenlik açısından hiçbir araştırma yapılmaması beklenemez. Asıl işverenin sözleşme kapsamında kalarak güvenlik gerekçesiyle işçi alımlarını kendi onayına tabi tutması muvazaa nedeni olarak görülemez. Alt işveren, mesleki yeterlik, kıdem ve tecrübe gibi hususlarda karar verici olsa da güvenlik açısından asıl işverenin onayının bulunması sosyal, ekonomik ve çalışma hayatının olağan akışına da uygundur. Asıl işveren için önemli olan planlanan üretimin güvenli şekilde gerçekleştirilmesidir. Bunun için de gerekli olan belirli niteliklere sahip güvenli kişilerin alt işveren tarafından istihdam edilmesidir. Aynı niteliklere ve güvenilirliğe sahip (A) işçisi yerine (B) işçisinin alınması asıl işverenin yetki ve ilgi alanına girmez. Sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve sorumluk riskinin minimize edilmesi, bazı konularda asıl işverenin onayının veya görüşünün alınmasını gerekli kılabılır. Asıl işveren hiçbir şekilde alt işveren işçilerini işten çıkaramaz ve hiçbir şekilde alt işveren bünyesine bir işçi alımı yapamaz. Buna karşın alt işveren sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı olarak bir işçiyi işten çıkartabilir veya sakıncalı bir işçiyi işe alabilir. Somut olayda asıl işverenin tek başına alt işveren adına işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Alt işverenin bir kısım işçilerin çıkarılması için alt işverene talepte bulunulması veya işçi alınırken asıl işverenin onayının alınması birçok Yargıtay kararında muvazaa nedeni olarak görülmemiştir. Örneğin, Yargıtay’ın çeşitli kararlarında “...davalı işverence çalışmalarından

memnun kalınmadığı belirtilen bir kısım işçinin değiştirilmesi için alt işverene yazılan yazıdan hareketle işçi çıkarma yetkisinin asıl işverende olduğu sonucu çıkarılamaz.” denilmiştir. (Bkz. 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/20739, K: 2009/20513; E: 2009/20737, K: 2009/20511; E: 2009/20734, K: 2009/20508; E: 2009/20734, K: 2009/20508; E: 2009/20734, K: 2009/20508) Yargıtay birçok kararında; alt işveren işçilerinin işe alınmasında, işten çıkartılmasında, çalışma esnasında emir ve talimat vermede asıl işverenin yetkili olmasını muvazaa nedeni olarak görmemiştir. (9. Hukuk Dairesi, E: 2009/45644, K: 2009/37728; E: 2009/45643, K: 2009/37727; E: 2009/45642, K: 2009/37726, E: 2009/45641, K: 2009/37725; E: 2009/45640, K: 2009/37724; E: 2009/45639, K: 2009/37723; E: 2009/38532, K: 2009/29752; E: 2009/38530, K: 2009/29750; E: 2009/36961, K: 2009/25309; E: 2010/197, K: 2011/8936; E: 2010/243, K: 2011/12061). Alt işverenlerin asıl işverenden bağımsız bir organizasyonu olup olmadığı sorunu Yerel mahkeme, alt işverenin davalıya ait işyerinde ayrı bir organizasyonunun ve hukuksal bağımsızlığının olmadığını kabul ederek muvazaaya hükmetmiş ise de bağımsız organizasyon ve hukuksal bağımsızlık tespitini gerekçelendirmemiştir. Alt işverenin asıl işverene ait işyerinde organizasyonel bağımsızlığı işletmenin çalışma düzeni, üretim plan ve programı, iş akışı ve planı dışına çıkılması anlamına gelemez. Dolayısıyla alt işveren asıl işverenin işyerinde gelişigüzel örgütsel yapı kuramaz. Alt işverenin bağımsız organizasyonu işletme içi ve işletme dışında söz konusu olabilir. Alt işveren işyeri devri ile alanında uzman olan çalışanları kendi kadrosuna katmış ve yeterli uzmanlığı elde etmiş sayılır. Hukuken söz konusu kadro alt işverenin kadrosudur ve alt işverenin somut olaydaki davalı işveren yerine başka bir işverenden iş alması yönünde hukuken bir engel yoktur. Aynı şekilde alt işverenlik sözleşmesinin sona ermesi halinde alt işveren tüm işçilerini kendi işyerine nakledebilir. Tüm bunlara rağmen alt işverenin teknik ve hukuki anlamda bağımsız bir organizasyona sahip olmadığı söylenemez. Kaldı ki gerek mahkeme kararında ve gerekse bilirkişi raporunda alt işverenin asıl işverenden bağımsız bir organizasyonu olmadığı soyut şekilde ileri sürülmüş ancak bunun gerekçesi ortaya konulmamıştır. İşletme içi organizasyonel bağımsızlıkta alt işveren işçilerini sözleşme kapsamında çalıştırmak zorundadır. Örneğin, asıl işveren için 5 motor bakım ustasının sürekli çalışıyor olması gerekli görülmüş ise bu kişilerin kimler olacağına alt işveren karar verebilir. Alt işverenin dilediği zaman ve dilediği kadar işçiyi yıllık izne göndermemesi veya istediği vardiyada istediği sayıda işçi çalıştıramaması onun işletme içinde bağımsız şekilde örgütlenmediğini göstermez. Çalışma şartlarının davalı işveren tarafından belirlenebileceği işyerinin veya işletmenin bütününde çalışma şartlarının asıl işveren tarafından belirlenemeyeceğine, bunun belirlenmesi halinde muvazaa oluşacağına dair herhangi bir yasal ve hukuksal bir dayanak yoktur. Örneğin, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin muvazaa kriterlerini düzenleyen 12. maddesinde mesaiye geliş ve gidiş saatlerinin, fazla çalışma sürelerinin veya vardiyaların asıl işveren tarafından belirlenmesi bir muvazaa nedeni olarak gösterilmemiştir. Davaya konu işyerinde elektrik üretim işi ile bakım ve onarım işleri birlikte yürütülmektedir. Alt işverenin farklı zamanlarda, diğer bir ifadeyle mesai dışındaki bir zaman diliminde bakım ve onarım işini yapması beklenemez. Alt işverene işletmenin yönetimi değil, teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren işin yönetimi devredilmektedir. Asıl işveren işletmenin yönetimi kapsamında, bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliği konusunda alt işveren işçilerine genel talimatlar verebilir. İş Kanunu'nun 2/6. maddesi gereğinde işçilik alacaklarından dolayı asıl işveren alt işverenle birlikte sorumludur. Bu sorumluluk, işçilere ne kadar ücret ödeneceği, ne kadar fazla çalışma yaptırılacağı, hafta sonu ve genel tatillerde çalışma yaptırılıp yaptırılmayacağı gibi hususları belirleme hakkını asıl işverene verir. Burada belirleyici olan faktör alt işverenlik sözleşmesidir. Taraflar özgür iradeleriyle sözleşme içeriğini belirleme hakkına sahiptir. Asıl işverenin alt işverenlik sözleşmesi uyarınca çalışma şartlarını belirleme yetkisini alt işverene devredebilir. Asıl işveren, bakım ve onarım işinin nasıl yapılacağı konusunda alt işverenin yönetim hakkını ortadan kaldıracak şekilde hareket edemez. Somut olayda bu husus tartışma konusu edilmemiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin birçok kararında; “İdari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle ve işyerinin niteliği de göz önünde bulundurulduğunda bu tür düzenlemelere yer verilmesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez.” denilmiştir. (Bkz. 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/47847, K: 2009/37770; E: 2009/47845, K: 2009/37768; E: 2009/47844, K: 2009/37767; E: 2009/47843, K: 2009/37766; E: 2009/38532, K: 2009/29752; E: 2009/38530, K: 2009/29750; E: 2009/36961, K: 2009/25309; E: 2013/12836, K: 2014/8253; E: 2010/197, K: 2011/8936; E: 2010/243, K: 2011/12061). Yine Yargıtay'ın bir başka kararında, alt işverenin 516 olan işçi sayısının idare tarafından 350 indirilmesi talebi üzerine fazla olan işçilerin işten çıkarılması, işçi sayısı ve nitelikleri ile çalışma koşullarının asıl işveren tarafından belirlenmesi, işçileri işe almada, işten çıkarmada, çalışma esnasında emir ve

talimat vermede hastane idaresinin yetkili olması, malzemelerin hastane tarafından verilmesi, sekreteryaya, hasta karşılama, yönlendirme, bilgilendirme, hasta ve evrak transportu ve hastabakıcılığı gibi hastane açısından asli olan işlerin bölünerek alt işverene verilmesi muvazaa olarak görülmemiştir. (Bkz. 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/45644, K: 2009/37728; E: 2009/45643, K: 2009/37727; E: 2009/45642, K: 2009/37726, E: 2009/45641, K: 2009/37725; E: 2009/45640, K: 2009/37724; E: 2009/ 45639, K: 2009/37723; E: 2009/ 38532, K: 2009/29752; E: 2009/ 38530, K: 2009/ 29750; E: 2009/36961, K: 2009/ 25309; E: 2010/197, K: 2011/ 8936; E: 2010/243, K: 2011/ 12061). İş güvenliği eğitimi ile iş malzemelerinin davalı tarafından verilebileceği Yerel mahkeme tarafından iş güvenliği eğitimlerinin ve iş malzemelerinin asıl işveren tarafından verilmesi muvazaa nedeni olarak görülmüş ise de gerek İş Kanunu'nda ve gerekse Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde böyle bir muvazaa nedeni veya kriteri öngörülmemiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamak ve bu çerçevede gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. İşverenin işçilerin sağlığını korumak ve güvenliğini sağlamak bakımından gözetme borcu genel olarak önleme, bilgilendirme ve eğitime şeklindeki yükümlülüklerden oluşmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymayan işverenlere karşı kamusal nitelikte yaptırımlar söz konusu olduğundan asıl işverenin alt işverenlik sözleşmesi kapsamında bizzat alt işveren işçilerine iş güvenliği eğitimi vermesi mümkündür. Burada asıl işveren kendi işçileri ile alt işveren işçilerini ayırmayabilir. Ayrıca asıl işveren tarafından iş güvenliği konusunda alt işveren işçileri dâhil tüm işçilere eğitim vermesi alt işveren tarafından eğitim verilmesine engel değildir. 6331 sayılı Kanunun 4/1-b maddesi uyarınca işveren işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. Dolayısıyla alt işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitim verilse dahi asıl işverenin bu faaliyetleri ve eğitimi denetleme hak ve yetkisi bulunmaktadır. Anılan Kanunun "İş sağlığı ve güvenliği kurulu" başlıklı 22. maddesine göre; "Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular. Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde; a) Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır. b) Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. c) İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. ç) Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur. (3) Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir." Hukuken kendisine sorumluluk yüklenen tarafın bu sorumluluktan kurtulmak için gerekli işlemleri yapma veya eylemlerde bulunma hakkı bulunmaktadır. Alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarından asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olması gibi iş sağlığı ve güvenliğinden de birlikte sorumludur. Hizmet Alım Sözleşmesi'nin 16.1.1/d maddesinde yer alan, "Koruyucu giyim eşyası giyilmemesi ve iş güvenliği malzemesi kullanılmaması; Yüklenici adına çalışan personelin iş elbisesi ve iş ayakkabısı giymemesi, koruyucu teçhizat ve iş güvenliği malzemesi kullanmaması durumlarında yükleniciye yazılı olarak iltarda bulunulacak ve bu hususlara uymayan beher işçi için, o işçinin sözleşmedeki fiyatlar üzerinden (varsa fiyat farkı dâhil) idareye brüt maliyetinin bir günlük tutarının 1/5 (beştebiri) oranı tutarında ceza kesilecektir." şeklindeki hükümden de anlaşılacağı gibi iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili malzeme ve eşyanın alt işveren tarafından bulundurulması ve işçilere kullandırılması gerekmektedir. Aynı şekilde asıl işveren tarafından sözleşme kapsamında bakım ve onarım malzemelerinin alt işverene verilmiş olması da herhangi bir muvazaa nedeni veya kriteri değildir. Asıl işveren ile alt işveren bakım ve onarım malzemelerinin nasıl temin edileceği veya bu malzemelerin hangi standartlarda olacağı konusunda özgürce anlaşmaya varabilirler. Bunun bir muvazaa nedeni olarak gösterilmesi hukuka aykırıdır. Yargıtay'ın birçok kararında alt işverenlik sözleşmesine konu olan temizlik işi için temizlik malzemelerinin asıl işveren olan hastane tarafından verilmesi muvazaa nedeni olarak görülmemiştir. (Bkz. 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/45644, K: 2009/37728; E: 2009/45643, K: 2009/37727; E: 2009/45642, K: 2009/37726, E: 2009/45641, K: 2009/37725; E: 2009/45640; E: 2009/38532, K: 2009/29752; E: 2009/ 38530, K: 2009/29750; E: 2009/36961, K: 2009/25309). Alt işveren işçileri asıl işveren işçilerinin aynı vardiya düzeninde çalışabileceği Asıl işverenin günlük ve haftalık çalışma saatlerini, zamanını ve vardiyasını belirlemekte takdir hakkı bulunmaktadır. Bu durum, yönetim hakkı şeklinde kendisini gösterir. İşletmedeki iş akışı plan ve programını, üretim teknik, yöntem ve araçlarını, üretim sürecini ve ürün miktarını alt işveren değil, asıl işveren belirler. Birden fazla işin değişik alt işverenlere verilmesi halinde

her alt işverenin asıl işverenin işletmesinde planladığı çalışma düzenine aykırı şekilde örgütlenmesi veya ayrı bir çalışma düzeni kurması çalışma hayatının gerçekleriyle ve işletme yönetimi ile bağdaşmaz. Vardiya düzeninin ne olacağına, işyerinde kaç vardiya bulunacağına ve vardiyalarda hangi niteliklerde ve hangi sayıda işçi çalıştırılacağına alt işveren veya işverenler değil asıl işveren karar verir. Alt işveren vardiyada çalıştırılması gereken işçinin kim olacağını takdir eder. Örneğin, asıl işveren birinci vardiyada 3, ikinci vardiyada 4 ve üçüncü vardiyada 6 mühendisin çalışmasını istemiş ise alt işveren bunu temin etmek zorundadır. Asıl işveren için önemli olan vardiyada çalışacak işçilerin sayı ve niteliğidir. Asıl işveren vardiyalarda çalışacak işçilerin kişi olarak kim olacağına karar veremez. Davaya konu alt işverenlik ilişkisinde böyle bir durum söz konusu değildir. Vardiyalarda işçi çalıştırılıp çalıştırılmayacağına, çalıştırılacak ise bu işçilerin kimlik, nitelik ve sayısına sadece alt işverenlerin karar verebileceğine, aksi halde sözleşmenin muvazaalı hale geleceğine ilişkin düşünce ve yaklaşımlar rasyonel ve hukuki değildir. Asıl işveren yetkilileri tarafından alt işveren işçilerine emir ve talimat verilebileceği Yerel mahkeme tarafından, işçilerin tüm kontrolünün davalı işverende olduğu, emir ve talimatların yine davalı işveren çalışanları tarafından verildiği, puantaj kayıtlarının davalı işverene ait ustabaşları tarafından tutulduğu, alt işverenin tuttuğu puantaj kayıtları asıl işverenin tuttuğu kayıtlar arasında uyumsuzluk halinde asıl işveren kayıtlarına üstünlük tanındığı, yıllık izin tarihlerinin asıl işveren tarafından belirlendiği gerekçesiyle muvazaaya hükmedilmiş ise de belirtilen nedenler iş mevzuatında ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde muvazaa kriteri olarak gösterilmediği gibi anılan hususlar işletmenin verimli ve uyumlu çalıştırılması için zorunlu işlemlerdir. Çünkü bakım ve onarım işi elektrik üretim faaliyeti ile birlikte yürütülmesi gereken, üretim prosesinde birbirine sıkı sıkıya bağlı olan işlemlerdir. Asıl işveren tarafından yıllık izin kullanacak personelin uzmanlık alanı ve bunun sayısıdır. Hangi sayıda ve hangi nitelikte işçinin yıllık izin kullanacağı işin ve işletmenin bir gereği olarak asıl işveren tarafından belirlenmelidir. Elektrik üretim miktarı ve bunun dönemsel dağılımı, kısaca işletmenin bir bütün olarak yönetimi alt değil asıl işverenin yetki, görev, hak ve sorumluluğundadır. Bu bağlamda örneğin alt işverenin elektrik üretim miktarını belirleme veya hangi dönemlerde ne kadar elektrik üretileceğine karar verme gibi bir yetkisi ve hakkı yoktur. Dolayısıyla alt işverenlerin, çalıştırdığı personeli istediği zamanlarda yıllık izne göndermesi, bu konuda asıl işverene danışmaması veya ondan onay almaması düşünülemez. Çünkü üretim plan ve programı alt değil asıl işverenin yetkisindedir. Alt işveren devredilen husus sadece işyerindeki makine, motor ve teknik aksamın bakım ve onarım işi olup işletmenin bir bütün olarak yönetimi ya da üretimin plan ve programı değildir. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 12/2-ç maddesinde alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı muvazaa kriteri olarak gösterilirken, asıl işveren tarafından koordinatör ve denetim uzmanı görevlendirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. "Koordinatör olsun ama koordine etmesin", "denetçi olsun ama denetlemesin", "her ikisi olsun ama hiçbir şekilde alt işveren işçilerine emir ve talimat vermesin" demek ne iş hukuku ne de çalışma hayatının gerçekleriyle örtüşür. Asıl işveren, bakım ve onarım işinde inisiyatif ve takdiri, kısaca üretimin kaderini alt işverenlere bırakamaz. Onu buna zorlamak ve aksi durumda muvazaaya hükmetmek hukuka açıkça aykırı olduğu gibi teknik olarak tamamen hatalıdır. Alt işverenin bakım ve onarım işinde ekipman ve teknolojik uzmanlıklarının bulunduğu Yerel mahkeme tarafından alt işverenin elektrik üretimi işinde yeterli ekipman ve teknolojik uzmanlığı bulunmadığı muvazaa nedenlerinden birisi olarak gösterilmiş ise de gerek bilirkişi raporunda ve gerekse mahkeme kararında yeterli ekipmanın neler olduğuna değinilmemiştir. Teknik şartnamede alt işverenin bulduracağı araç ve ekipmanlara yer verildiği halde bunların sözleşmeye konu bakım ve onarım işinde yetersiz olduğuna soyut olarak karar verilmesi, yeterli ekipmanın neler olduğunun gösterilmemesi hatalıdır. Gerek mahkeme kararında, gerek bilirkişi raporunda ve gerekse çoğunluk görüşünde davalı işyerinde bakım ve onarım işleri için gerekli ve yeterli olan ekipmanların neler olduğu örnek kabilinden bile gösterilmemiştir. Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğuna karar veren teknik bilirkişinin bakım ve onarım için yeterli ekipmanların neler olduğunu ayrıntılı şekilde raporunda göstermesi ve bunların alt işveren tarafından temin edilmediğini ortaya koyması gerekirken buna ilişkin hiçbir açıklama getirmemesi bilirkişi raporunu yetersiz hale getirmektedir. Hizmet Alım Sözleşmesi'nde yer alan; "Sözleşmenin imzalanmasını müteakip 30 (otuz) takvim günü içerisinde Yüklenici, teknik şartnamede belirtilen sayı ve nitelikteki personeli ve işin ifası esnasında kullanılmak üzere Teknik Şartnamede istenilen sayı ve niteliklerdeki iş güvenliği malzemeleri, iş makinesi, araç, gereç, makine ekipman ve her türlü malzemeyi şartnameye uygun ve eksiksiz olarak işe başlamak üzere idarede hazır bulundurarak süresi içerisinde yer teslimi işlemlerini yapmaması veya işe başlamaması durumunda gecikilen beher gün için sözleşme bedelinin 0,001'i (binde biri),i oranında ceza kesilecektir. Bu gecikme süresinin devam etmesi halinde yükleniciye işe başlaması için 10 (on) takvim gününden az olmamak üzere süre verilecek (bu süreden de ceza kesilmek üzere) ve bu süre içerisinde de

yüklenicinin işe başlamaması durumunda 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmesi feshedilecek ve teminatı irad kaydedilecektir.” (m.16) şeklindeki hüküm de alt işverenin yeterli ekipmana sahip olması gerektiğini ve ona sonuçları ağır bir yükümlülük yüklediğini göstermektedir. Teknik şartnamede ve hizmet alım sözleşmesinde alt işveren tarafından bulundurulması gereken araç, gereç ve ekipman açıkça sayıldığı halde yerel mahkeme kararında ve bilirkişi raporunda soyut bir ifadeyle alt işverenin yeterli ekipmana ve uzmanlığa sahip olmadığını söylemek ve yeterli ekipmanın neler olduğuna tek bir kelime ile değinmemek açıkça yasaya aykırıdır. Davalının, daha az maliyetle işçi çalıştırmak istediğine hükmedilemeyeceği Bir işin alt işverene verilmesi ve bunun asıl işveren açısından karlı bir olması işçilerin bir kısım haklardan mahrum olmasına veya daha az ücret almasına neden olmak zorunda değildir. Hiçbir alt işverenlik sözleşmesi işçiye zarar vermek veya onu bazı haklardan mahrum etmek amacıyla düzenlenmez. Asıl işveren işçileriyle aynı işi yaptığını, ancak daha az ücret aldığını iddia eden alt işveren işçileri hukuksal korumadan mahrum değildir. Anayasa'nın “Ücrette adalet sağlanması” başlıklı 55 ve İş Kanununun “Eşit davranma” başlıklı 5. maddesi anılan hukuksal korumanın temelini oluşturmaktadır. Özel hukuk kapsamında kurulmuş olan bir işyeri veya işletmenin kâr amacı güdeceği izahattan varestedir. Verimliliği, rekabet edebilirliği ve kârını düşünmeyen bir işletmenin ya da işyerinin varlığını sürdürmesi beklenemez. İşverenler işletme yönetimi gereğince girdi maliyetlerini azaltmak, ürün ve hizmet kalitesini korumak, rekabet gücünü artırmak ve müşteri memnuniyeti göz önünde bulundurmamak zorundadır. Birçok işin alt işverene verilmesindeki temel etken de budur. Temel amacın düşük ücretli işçi çalıştırmak ve emek sahiplerini yasal haklarından mahrum etmek olduğu iddia edilerek söz konusu gerekliliğin muvazaa nedeni olarak gösterilmesi doğru değildir. Alt işveren tarafından kaç işçi çalıştırılacağına ve işçilerin ne kadar ücret alacağına asıl işveren tarafından karar verilebileceği İş Kanunu'na göre alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarından dolayı asıl işverenin birlikte sorumluluğu bulunmaktadır. Karlılık ve verimlilik asıl veya yardımcı işin alt işverene verilmesinde temel faktördür. İşletmelerde karlılık ve verimliliğin amaç edinilmiş olmasını muvazaa nedeni olarak görmek yasal düzenlemelerle ve çalışma hayatının gerçekleriyle örtüşmez. Hiçbir işyeri veya işletme ürün veya hizmet çıktılarının daha pahalı olması için planlama yapmaz. Dolayısıyla bir asıl işveren işin bir kısmını alta işveren verirken hukuki, ticari veya ekonomik sorumluluğunu artırmak istemez. Bu nedenle sorumlu olacağı mali yükümlülüğü kontrol ve denetim altına almak ister. Alt işveren işçilerinin sayı, nitelik ve ücretleri ile çalışma koşullarının alt işverenlik sözleşmesinde belirlenmiş olması hayatın olağan akışına uygun olan bir durumdur. Bunun bir muvazaa nedeni olarak gösterilmesi yasaya ve çalışma hayatının gerçeklerine aykırıdır. Bilirkişi tarafından muvazaaya hükmedilemeyeceği Bir hukuki ilişkide muvazaa olup olmadığı teknik değil, hukuki bir değerlendirmedir. Bilirkişi, işin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir iş olup olmadığı, asıl veya yardımcı işlerden hangisini oluşturduğu, alt işverenlik sözleşmesine konu işin yerine getirilmesi için gerekli araç, gereç ve ekipmanların yeterli olup olmadığı konusunda görüş bildirmeli ve bu görüşünü gerekçelendirmelidir. Bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz. Muvazaanın olup olmadığına hâkim karar verir. Kaldı ki bilirkişiler bakım ve onarım işi olmadan elektrik üretimi olmayacağına karar vermiştir. Yerel mahkeme bilirkişi raporunda belirtilen muvazaaya ilişkin görüşü olduğu gibi alarak kararına aktarmıştır. HMK'nın 266/1. maddesine göre, “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.” HMK'nın 279/4. maddesine göre, “Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz.” 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesinde (anılan Kanun 6446 sayılı Kanun ile önemli değişikliklere uğramış ve “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun adını almıştır); “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. Alt işverene verilen işin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren iş olduğu Yerel mahkeme alt işverenlik sözleşmesine konu bakım ve onarım işinin asıl işin bir parçası olmakla birlikte teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir olmadığına, bölünerek alt işverene verilemeyeceğine, bu nedenle de muvazaanın bulunduğuna karar vermiş ise de termik santralde jeneratör, buhar kazanı, konveyör, türbin ve kömür değirmeni ile makine ve cihazların bakım ve onarım işinin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren iş olduğu açıktır. Ayrıca bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi santralin işlevlerini yerine getirebilmesi için gerekli bakım ve kontrollerin düzenli yapılması gerekir. Çoğunluk görüşüne ve mahkeme kararına göre termik santralde teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren hiçbir iş ve pozisyon bulunmamaktadır. Bir işin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir işlerden olup olmadığı teknik ve uzman bilirkişinin bileceği bir konudur. İş Kanunu'nun asıl 2/6. maddesi uyarınca asıl işin bölünerek bir alt işverene bırakılabilmesinin temel koşulu

işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olmasıdır. Aynı düzenlemeye Alt İşveren Yönetmeliği'nin 11/3. maddesinde de yer verilmiştir. Burada önemli olan teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmaması ve bunun alt işverene verilmesinde işletme ve iş açısından gereklilik bulunmasıdır. Dolayısıyla asıl işverenin teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir işi yapıp yapamayacağı veya bu kapasiteye sahip olup olmadığı irdelenmez. Burada işin kendisine ve işletmesel gerekliliğe bakılır. İş, bizatihi teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir iş ise işveren işletmesel gerekliliğe dayanarak işi alt işverene verebilir. İşveren; ekonomik, verimlilik veya rekabet edebilirlik gibi nedenlerden ötürü teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren bir işi alt işverene verebilir. Böyle bir durumda işverene "İsteseydin gerekli uzmanları istihdam edebilir ve işin yürütümü için gerekli ekipman, araç ve gereçleri satın alabilirdin" denilemez. Somut olayda şüphesiz ki davalı işveren bakım ve onarım için gerekli araç, gereç ve ekipmanları satın alabilir ve bu işi yapacak uzmanları veya çalışanları işe alabilir. İş Kanunu'nda ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren işin alt işverene verilebilmesi için asıl işverenin uzman çalıştırma ve araç gereç satın alma kapasite ve gücüne değil, işin kendisini ve işletmesel gerekliliğe bakılır. İşletmesel açıdan gerekliliğin olup olmadığı işverenin yönetim hakkı kapsamında ve yargısal denetim dışında kalan bir konudur. Kısaca, alt işverene verilen işin teknik bilgi ve donanım bakımından asıl işveren tarafından gerçekleştirilemeyecek mahiyette işlerden olması gerekli değildir. Alt işverenlik ilişkisinde muvazaa bulunmadığı Muvazaa iddiasının varlığı halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi kapsamında genel muvazaa değerlendirmesinin yapılacağı konusunda herhangi bir tartışma ve uyuşmazlık bulunmamaktadır. Borçlar hukuku anlamında muvazaa irade ile beyan arasında bilinçli şekilde meydana getirilen uyumsuzluktur. Muvazaayı, "tafların üçüncü şahısları aldatmak maksadı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları", şeklinde tarif etmek de mümkündür.<sup>1</sup> Tanımdan da anlaşıldığı üzere, muvazaada, taflar arasında yapılan bir muvazaa anlaşması, irade ile beyan arasında bilinçli uyumsuzluk ve üçüncü şahısları aldatma söz konusudur. Bu anlaşma ile taflar, muvazaalı işlemin üçüncü şahıslara karşı göstermelik olduğu ve kendi aralarında geçerli olmadığı noktasında anlaşmaya varmaktadır.<sup>2</sup> Muvazaa anlaşması, muvazaanın varlığı için zorunlu bir unsurdur. Bu durum Yargıtay kararlarında da yer almaktadır. Yargıtay, "muvazaanın varlığı halinde, yapılan gizli sözleşmenin, gerekli şartları taşıması halinde geçerli olacağını, muvazaalı sözleşmenin ise geçersiz olacağını"<sup>3</sup> belirtmiştir. Geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde işin, asıl işverenden alınması, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması, asıl işverenin işyerinde yapılması ve alt işveren işçilerinin asıl işverene ait işyerinde çalışması gerektiği doktrinde de belirtilmektedir. Somut olayda asıl işverenden alınan bir iş söz konusu olup alt işveren işçileri asıl işverene ait termik santralde çalışmaktadır. Alt işveren işçilerinin büyük bir kısmının alt işverenlik sözleşmesi kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılması halinde TBK'nın 19. maddesi anlamında genel muvazaa olacağı ve sözleşmenin bir bütün halinde muvazaalı kabul edileceği de tartışma konusu edilmemektedir. Somut olayda bakım ve onarım işi için alt işverene verilen işler bu işçiler tarafından yerine getirilmekte, diğer bir deyişle bakım ve onarım işi dışında başka işlerde istihdam edilmemektedir. Bakım ve onarım işçisinin mesaisinin çok az bir kısmında zaman zaman başka işlere de bakıyor olması ilişkiyi bir bütün halinde muvazaalı hale getirmez. Önemli olan, alt işveren işçilerinin ağırlıklı olarak sözleşme kapsamındaki işi yapıp yapmadığıdır. Aşağıda da belirtildiği gibi bir veya bir kısım işçilerin ağırlıklı olarak başka işlerde istihdam edilmesi halinde muvazaa olgusunun varlığında tereddüt yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işverenlik ilişkisine yer veren 2. maddesine göre; "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren 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." (m.2/6). Somut olayda asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş bulunduğu ve bu işin asıl işin bir parçası olduğu, bakım ve onarım işi olmadan elektrik üretim işinin olamayacağı, söz konusu davalı işyerinde işin niteliği gereği her gün bakım ve onarım işi yapıldığı açıktır. İş Kanunu'nun 2/7. 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." denilmektedir. Somut olayda asıl işverenin işçilerinin alt

işveren bünyesinde çalıştırılması söz konusu değildir. Termik santralde jeneratör, kömür değirmeni, konveyör, buhar kazanı ve kömür kırıcısı gibi makinelerin bakım ve onarım işi teknolojik nedenle uzmanlığı gerektiren bir iştir. Bu nedenle bakım ve onarım işinin elektrik üretim işinin bir parçası olduğu ve bölünerek alt işverene verilemeyeceği yönündeki görüş yerinde değildir. Kaldı ki 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesi gereğince asıl işin tamamının veya bir kısmının alt işverene verebileceği yukarıda da belirtilmiştir. Özel yasasında hüküm bulunması halinde teknolojik nedenle uzmanlığı gerektirmeyen asıl iş bile bölünerek alt işverene verilebilmektedir. Mahkeme kararına esas teşkil eden bilirkişi raporunda da “Asıl işin bölünerek bir alt işverene bırakılabilmesinin temel koşulu uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır. Asıl işin bir bölümünde bulunmakla birlikte alt işverenlere bırakılabilecek işler, uzmanlık gerektiren, yani, işletmenin ve işin gereği olarak ve teknolojik olarak teknik bilgi ve donanım bakımından asıl işveren tarafından gerçekleştirilemeyecek mahiyette işlerdir.” denilmiştir. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12. maddesinin 2. fıkrasında; “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.” denilmektedir. Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilen işçi sayısı işverenin takdirine giren ve yönetim hakkı kapsamında kalan bir konudur. Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçladığı açık ve somut bir şekilde gerekçeli olarak ortaya konulmalıdır. Aynı husus, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik olduğu iddiası için de geçerlidir. Aksi takdirde her alt işverenlik ilişkisi yasal ve kamusal yükümlülüklerden kaçınma; işçinin yasal, bireysel ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını kısıtlama olarak değerlendirmek mümkündür. Yerel mahkeme kararında, “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.” denilmekte, davaya konu olay itibarıyla yürürlükte bulunan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Oysa İş Kanunu iş hukukuyla ilgili temel hükümler getirmekte ve özel hükümler getiren kanun maddesinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Şekli anlamda bakıldığında İş Kanunu ile daha sonra yürürlükten kalkmış olan Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesi arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığı söylenebilirse de 4628 sayılı Kanun özel hüküm içermektedir. Bu nedenle İş Kanununun 2. maddesi ile özel kanunların ilgili maddeleri çakışması halinde özel kanun maddesinin uygulanması gerekir. Kaldı ki önceki kanun ve sonraki kanun çakışmasında sonraki kanunun uygulanması gerekeceği bilinen bir husustur. Bu açıdan da sonraki kanun durumunda olan Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesinin uygulanması hukuken zorunludur. Aksi takdirde Belediye Kanunu’nun 67. maddesi uyarınca belediyelerin asıl işi olan temizlik, ulaşım, park ve bahçe düzenlemesi gibi işlerin; 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 4. maddesi uyarınca Karayolları Genel Müdürlüğü’nün asli işi olan yol, köprü, viyadük ve tünel gibi işlerin yapımının; Posta Hizmetleri Kanunu’nun 4/2. maddesi uyarınca posta hizmetlerinin ve 657 sayılı Kanun’un 36/III-2. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı’nın temel ve asli işi olan sağlık hizmetlerinin alt işverenlere verilmemesi gerekir. Yerel Mahkeme tarafından İş Kanunu’nun 2. maddesinde belirtilen sınırlamalar karşısında Elektrik Piyasası Kanunu’nun 15. maddesinin uygulanamayacağına karar verilmiş ise çeşitli kanunlarda benzeri düzenlemeleri görmek mümkündür. Kaldı ki buna Anayasa Mahkemesi’nin buna ilişkin kararları da mevcuttur. Örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesinin “III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa’nın 11. maddesi ile eklenen paragrafın, Anayasa’nın 2’nci, 10’uncu ve 128’inci maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında, “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesinin “III- SAĞLIK ESAS NO: 2015/22-1990 KARAR NO : 2015/1874 Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır. HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine eklenen itiraz konusu kural “Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu



halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.” biçiminde düzenlenmiştir. Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında “Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denilmektedir. Bu kuralla açıkça memur ve kamu görevlisi tanımı yapılmamış, onlara gördürülecek iş belirlenme yoluna gidilmiştir... Anayasa’nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır. Anayasa’nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 56. maddesinde de, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” denilmiştir. Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir. Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımını kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir. Anayasa’nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği olanaklıdır.” denilmiştir. Benzer şekilde; 29.4.2009 günlü, 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle 02.03.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu’nun 10. maddesine eklenen fıkranın, Anayasa’nın 2., 20., 22., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi ret kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi her iki kararında İş Kanunu’nun 2. maddesindeki sınırlamalar karşısında özel bir yasa hükmüne dayanılarak asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceğine hükmetmemiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan olay ile davaya konu olan benzer mahiyettedir. Dolayısıyla Elektrik Piyasası Kanunu’nun 15. maddesi karşısında İş Kanunu’nun 2. maddesindeki sınırlayıcı hükümler uygulanamaz. Davalı işyeri hakkında başka davacılar tarafından idare mahkemelerine (Ankara 6. İdare Mahkemesi, E: 2006/2579, K: 2008/1185; Eskişehir İdare Mahkemesi, E: 2006/2886, K:2007/1041 ve E: 2006/2885, K: 2007/1042) açılan ihalenin iptali davalarında muvazaa olmadığına karar verilmiş, söz konusu kararlar Danıştay tarafından onanmıştır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de önüne gelen benzer bir davada aynı yönde karar vermiştir (E: 2013/23916, K:2013/22377). Bir işçi için kabul edilen muvazaanın tüm işçilere teşmil edilemeyeceği Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun kabul edilmesi durumunda muvazaa kararının bu sözleşme kapsamında çalışan tüm işçilere teşmil edileceği hususunda bir tereddüt ve uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ne var ki bir işçi için kabul edilen muvazaanın zorunlu olarak tüm işçilere teşmil edilmesi yerinde değildir. Örneğin, asıl işverenden temizlik işini alan ve bu işte 100 işçi çalıştıran bir alt işveren, 10 işçisini asıl işverenin talebi üzerine sürekli veya ağırlıklı olarak büro işlerinde çalıştırmışsa bu işçiler açısından muvazaa olgusunun kabul edilmesi gerekir. Birkaç işçinin sözleşme dışındaki işlerde çalıştırılması alt işverenlik ilişkisinin tamamını muvazaalı hale getirmez. “Alt işveren işçilerinin büyük çoğunluğunun 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” mahkemenin de kabulündedir. Diğer bir deyişle, alt işverene bağlı olarak davalı işyerinde çalışan işçilerin büyük bir kısmı sözleşme kapsamında bakım ve onarım işlerinde çalışmaktadır. Bu nedenle, söz konusu işçiler açısından muvazaaya ve alt işverenlik sözleşmesinin bir bütün halinde muvazaalı olduğuna hükmedilmesi hatalıdır. Davacı işçinin asıl işverenin işçisi olarak kabul edilemeyeceği Davalı işyeri Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olup sermayesinin tamamı Devlete ait İktisadi Devlet Teşekkülüdür. Bu nedenle anılan işyeri 12.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin sonuna eklenen 8 ve 9. fıkralarda yer alan kamu kurumları kapsamında olduğundan, muvazaa iddiasına dayanılarak asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanması söz konusu değildir. İş Kanunu'nun 2. maddesinin 8. fıkrasında açıkça; “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. fıkrasında ise “Sekizinci fıkra 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 fıkra 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.” denilmektedir. Yukarıda belirtilen fıkra hükümlerinin özel sektör işverenleri ile kamu işverenleri arasında eşitsizlik oluşturacağına dair düşünceler kanunun açık hükmünün yorumla ortadan kaldırılacağı anlamına gelmektedir. Alt işveren işçilerinin asıl işveren tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı sınırlandırma anlamına gelen hükümler bir tarafa konulacak olursa kamu kurumuna muvazaa sonucu işçi atanması 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na da aykırıdır. 657 sayılı Kanunun 4. maddesine göre, “Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.” ve 5. maddesine göre, “Bu Kanuna tabi kurumlar, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramazlar.” 94 sayılı ILO Sözleşmesi'nin somut olayda uygulanamayacağı Alt işveren işçinin asıl işverenin yaptığı toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için yapılan alt işverenlik sözleşmesinin geçerli, diğer bir deyişle muvazaalı olmaması gerekir. Alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğuna hükmedilmesi halinde ILO'nun çalışma şartlarına ilişkin 94 sayılı Sözleşmesinin uygulanma imkânı yoktur. Anılan Sözleşmenin alt işverenler veya iş sözleşmesini devir alan şahıslar tarafından yapılan işler hakkında uygulanacağı 94 sayılı Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi'nin 1. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Sözleşme, alt işveren işçilerinin asıl işveren tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesinin lehe olan hükümlerinden, aynı iş kolu, aynı bölge ve aynı işte çalışma şartıyla yararlanacağına dair hüküm içermektedir. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmedilmesi halinde işçiler asıl işverenin işçisi sayılacağı için anılan sözleşmenin uygulanmasından söz edilemez. Çünkü asıl işverenin işçisi olan kimse zaten diğer koşulların varlığı halinde asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanacaktır. Sözleşmenin 2. maddesi “Bu Sözleşme'nin kapsamına giren sözleşmeler, ilgili işçilere, işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki iş için: toplu sözleşme yoluyla veya ilgili sanayi veya iş kolundaki işçi veya işverenlerin önemli bir kısmını temsil eden işçi ve işveren sendikaları arasında tensip edilmiş diğer bir müzakere usulü veya hakem kararı yolu ile ya da milli mevzuatla: Tespit edilmiş olanlardan daha az elverişli olmayan ücretleri (ödenekler dâhil), iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti eden hükümleri ihtiva edecektir.” şeklinde hüküm içermektedir. Somut olayda asıl işverenin bakım ve onarım işini yapan değil, sadece bu işlerde koordinasyon ve denetim görevini yerine getirecek işçileri bulunmaktadır. Geçerli bir alt işverenlik sözleşmesi kapsamında çalıştırılan bir işçinin, anılan Sözleşme'nin ilgili maddesine dayanarak asıl işveren tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesinin lehe olan hükümlerinden yararlanma veya fark ücret isteme talebi karşısında diğer koşulların varlığı halinde sözleşme hükümlerinin uygulanabileceği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. 94 sayılı ILO Sözleşmesi, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmasına veya hangi hallerde alt işveren işçisinin

asıl işverenin işçisi sayılacağına dair hükümler içermemektedir. Dolayısıyla 94 sayılı ILO Sözleşmesi'ne dayanarak alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı ve dava açan işçinin de asıl işverenin işçisi olduğuna hükmedilmesi hukukun açık ve ağır bir ihlalidir. Alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu, bu nedenle de dava açan işçinin asıl işverenin işçisi olduğu hususu ile davacı işçinin asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği, hukuki sonuçları itibarıyla tamamen farklı konulardır. Kısaca; 94 sayılı Sözleşme, geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışan bir işçinin, diğer koşulları taşıması halinde asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istemesi halinde dayanılacak bir normdur. Kaldı ki, davacı dava ve ıslah dilekçesinde ILO Sözleşmesi'ne dayanmamış, yargılamanın hiçbir aşamasında anılan sözleşmeyi dile getirmemiş, yerel mahkeme de gerekçeli kararında hiçbir şekilde dolaylı da olsa sözleşmeden bahsetmemiştir. Davacı, sadece asıl işveren tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesinin hükümlerinden yararlanmak istememiş, ayrıca alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğundan bahisle asıl işverenin işçisi olduğuna hükmedilmesini talep etmiştir. Somut olayda uygulama kabiliyeti olmayan, muhtemelen de bu nedenle davacı ve yerel mahkeme tarafından bir kez bile zikredilmeyen 94 sayılı ILO Sözleşmesinin çoğunluk görüşü tarafından ileri sürülmesi ve bu nedenin onama kararında esas alınması son derece hatalıdır. Bakım ve onarım işiyle üretim işinin farklı işler olduğu Yapılan işlerin, üretimin eşit parçası şeklinde değerlendirilmesi her iki işin aynı veya benzer işler olduğu anlamına gelmez. Aksi halde çoğunluk görüşünde de hatalı şekilde belirtildiği gibi bir makinenin bakım ve onarımıyla uğraşan bir teknisyenin o makineyi çalıştıran işçi ile aynı işi yaptığına hükmetmek gerekir. Oysa bir makinenin bakım ve onarım işiyle o makinede çalışmanın tamamen farklı işler olduğu izahattan varestedir. Alt işverenlik sözleşmesine konu olan jeneratör, kömür değirmeni, kömür kırıcısı, buhar kazanı, türbin, konveyör ve motor ile elektrik ve su tesisatının bakım ve onarımı asıl işin bir parçası olsa da elektrik üretim işi olarak değerlendirilemez. Anılan makinelerin bakım ve onarımı olmadan elektrik enerjisi üretilemeyeceğini söylemek ve bu işi üretim işi gibi değerlendirmek hatalıdır. Bir makinenin veya aracın imal, bakım, tamir ve onarımı ile bunun üretim amacıyla kullanımı birbirinden tamamen farklı konulardır. Örneğin, işyerinde bulunan buhar kazanını imal eden usta ile kazanın tamir ve onarımını yapan usta, bu kazana sürekli kömür atarak belli basınçta buhar elde eden ve bunu türbine gönderen işçinin görevi birbirinden ayrıdır. İşyeri veya iş sözleşmesi devrinin muvazaa olarak değerlendirilemeyeceği Doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte ihaleyi kazanamayan bir alt işverenin kendi işçilerini ihaleyi kazanan işverene devretmesi işyeri veya iş sözleşmesi devri olarak değerlendirilmelidir. Doğal gibi görünen husus ihaleyi kaybeden alt işverenin tüm işçilerini alarak asıl işverene ait işyerinden ayrılması ve işçilerini kendi işyerine götürmesidir. Alt işverenin kendi işyerinin asıl işverenin işyerine yakın olması durumunda alt işveren bünyesinde çalışan işçiler açısından önemli bir sorun yoktur. Ne var ki alt işverenin kendi işyeri bir başka ilde veya uzak yerde ise çalışanlar için iş koşullarının ağırlaması açısından ciddi bir sorun bulunmaktadır. Uygulamada bir işyerinde çalışan işçilerin önemli nedenler olmadığı sürece çalışma yerini değiştirmek istemedikleri görülmektedir. İşte çalışma ve sosyal hayatın gerçeklerine uygun olan durum da budur. Alt işverenin işyerinin başka il veya uzak yerlerde olması durumunda işçiler evlerini ve çocuklarının okullarını işyerine yakın yere taşımak zorunda kalacaktır. Bu açıdan bakıldığında iş sözleşmesinin veya işyeri devrinin işçiler lehine olduğu görülecektir. İşyeri veya iş sözleşmesinin birden fazla devri halinin muvazaa oluşturacağına dair herhangi bir hukuksal ve yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Her karar değişikliğinin sürpriz karar olmayacağı Yerel mahkeme kararında, aynı konu hakkında verilen kararların 22. Hukuk Dairesi tarafından onandığı, somut olaya ilişkin verilen aynı tür kararın bozulması halinde hukuki güvenilirliğin zedeleneceği, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin "sürpriz karar verme" yasağı çerçevesinde kalacağı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüş ise de; zaman zaman Yargıtay kararlarında maddi hatalara rastlanmakta, yine aynı kararlarda maddi hatanın taraflardan birisi lehine usuli kazanımla hak bahsetmeyeceği vurgulanmaktadır. Mahkeme kararlarında eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması, adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur. Yargı organları, her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, hangi maddi ve hukukî sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum yerel mahkeme kararında de değinildiği üzere "sürpriz karar yasağı" olarak da ifade edilmektedir. Ne var ki mevzuata aykırı olan veya bir kanun normunun unutulması hatalı şekilde verilen karardan dönülmesi sürpriz karar olarak değerlendirilemez. Kısaca, sürpriz bir karardan dönülmesi sürpriz olarak kabul edilemez. Aksi takdirde her içtihat değişikliğinin salt bu nedenle sürpriz karar olarak değerlendirilmesi gerekir. Sürpriz olan husus, kararın sonuç değil, gerekçe kısmıyla ilgilidir. Hukuka ve kanuna aykırılık teşkil eden veya hakkaniyete uygun olmayan kararlar emsal gösterilemez. Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesinin söz konusu olmaması halinde 22. Hukuk Dairesinin

önceki kararlarında hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği, ancak özel bir yasal düzenleme durumunda verilebileceği Yargıtay ilgili daireleri tarafından kabul edilmektedir. Örneğin, karayollarına ilişkin işler, posta hizmetleri, sağlık hizmetleri ve belediye hizmetleri yasalarındaki özel düzenlemeler nedeniyle bölünerek alt işverenlere verilebilmektedir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. Maddesinin (g) bendi 14.03.2013 tarihli 6446 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış ve bu yeni yasal düzenlemenin 22. Maddesi gereğince hangi faaliyetlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılabilceğinin enerji piyasası kurulu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre asıl işlerin bölünerek alt işverene verilmesi önünde yasal bir engel yoktur. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği kanaatiyle sayın çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Seracettin GÖKTAŞ  
22.H.D.Başkanı

Abdullah YAMAN  
19.H.D. Üyesi

Candaş İLGÜN  
13.H.D.Üyesi

Ahmet TAŞKIN  
22.H.D.Üyesi