

YARGITAY KARARLARINA GÖRE ASIL İŞİN ALT İŞVERENLİĞE DEVRİNDE ŞART OLARAK ARANAN "İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE UZMANLIK GEREKTİREN İŞLER" KAVRAMI

I-GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. paragrafında "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" hükmü yer almaktadır. Düzenlemedeki asıl işin alt işverene devrinde işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme şartı tüm unsurların mı yoksa işyeri ve işletme gereği ya da teknolojik uzmanlık gerektirme unsurlarından birinin bulunmasıyla mı gerçekleşmiş sayılacaktır?

Yasal düzenleme bu şekilde kaleme alınınca, ifade etmek istediği husus iyi anlatılamamıştır. Maddenin ilerleyen bölümlerinde de (işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez İş K. 2/7) aynı ifade tekrarlanmış, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de aynı hükümlere yer verilmiş (AİY.3,5,10), sonuçta düzenlemeden ne anlaşılacağına ilişkin tereddütler giderilememiştir.

Öğreti de "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" kavramı üzerinde uzlaşmamıştır. Kimi yazarlar bu şartların tüm olarak dikkate alınması gereğini belirtirken, kimi yazarlar ise "ile" kelimesini "veya" olarak kabul ederek şartların bölündüğünü öne sürmektedirler.

II- YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Yargıtay, konuyla ilgili verdiği ilk kararlarda çoğunlukla kanun hükmünü tekrar etmek suretiyle söz konusu tartışmaya hiç girmemek yolunu tercih etmiştir. Bu durum doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Yargıtay 2005 yılında verdiği bir kararda ise, söz konusu koşulu bir bütün olarak kabul etmiştir. Aynı şekilde diğer bir kararında "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" koşuluna vurgu yaparak bu koşul olmaksızın asıl işin bir bölümünün alt işveren verilemeyeceğine hükmetmiştir[1]. Aşağıda Yargıtay'ın çeşitli tarihlerde bu konuda verdiği kararlar belirtilmiştir.

Yargıtay'ın düzenlemeyi ikiye bölen, ile kavramını veya olarak değerlendiren farklı bir kararını öncelikle belirtmek istiyorum: 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde getirilen kural asıl işin bölünerek alt işverene verilmemesidir. Ancak asıl işin bir bölümünün "işletmenin ve işin gereği" veya "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır[2]. Bu karar istisnai bir özelliktedir ve Yargıtay'ın bu konudaki istikrar kazanmış görüşünden çok farklıdır.

Bir otelin kat hizmetlerinin alt işverene devri ile ilgili olarak Yargıtay, oda ve banyoların temizlenmesi, yatağın yapılıp odanın derlenip toparlanması hizmetleri olan kat hizmetlerinin otelcilik işletmesinin asıl işi olarak kabul edilmesi gerektiğini, ekonomik nedenlerle daha ucuza mal olsa da kat hizmetleri uzmanlık gerektiren bir iş olmadığından alt işverene verilemeyeceğini hükme bağlamıştır[3]. Yargıtay'a göre Yasa, alt işverene devri işletmenin ve işin gerekleri yanında teknolojik nedenler bulunmasını da uzmanlık gerektirmesi ile sınırlı tutmuştur. Yasa metninin açıklığı ve konuluş amacı asıl işin gereksiz yere bölünmesine yol açan bir yoruma gidilemeyeceğini göstermektedir[4].

Asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6 ve 7.fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır. Alt işverene verilebilecek işlerin uzmanlık gerektireceği baskın öge olarak kabul edilmektedir. Dairemiz kararları da bu yönde istikrar kazanmıştır[5],[6],[7].

Bir başka kararda da alt işverene yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebileceği belirtilmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği vurgusu yapılmıştır[8].

Posta tekeli dışında kalan gönderilenin kabulü, nakli ve dağıtım işi, yardımcı iş olarak kabul edilemez. İhale ile alt işverenlere verilen bu iş, tekelindeki posta dağıtım işi gibi, asıl iştir. Kural olarak asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün değildir. Davalı kurumun verdiği asıl işin bir bölümü olan posta dağıtım işinin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmamaktadır. Davalı PTT Genel Müdürlüğü gerçek işverendir. Asıl işin bir bölümü ihale ile verilen diğer şirketin işverenlik sıfatı bulunmamaktadır[9]. Görüldüğü gibi Yargıtay pek çok kararında işletmenin ya da işin gereği kavramını kullanmaksızın doğrudan teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakarak karar vermektedir.

4857 sayılı İş Yasası'nın yürürlüğe girmesinin ardından, başta kamu kurum ve kuruluşları olmak üzere "alt işverenlik uygulaması" daha da yaygınlaşmış, Yargıtay'a intikal eden çok sayıda dava olmuştur. Ölçütün bölünebilir nitelikte olduğunu savunanlar, önceleri Yargıtay'ın kesin bir görüşünün oluşmadığını iddia ederek tezlerinin en önemli dayanaklarından biri olarak Yargıtay'ın yerleşik bir içtihadının olmadığı varsayımını kullansalar da, Yargıtay'ın bilhassa 2007 yılından itibaren verdiği kararların ve kararların gerekçelerinde yer alan açık ifadelerin bir Yargıtay içtihadı olduğunu açıkça ortaya koyması üzerine iddialarını geri çekmişlerdir[10].

Anılan düzenlemede baskın öge, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği, ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır[11].

Belediyelerle İlgili İstisnai Uygulama

24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67.maddesi ve bu kanunun Anayasa Mahkemesince iptali üzerine yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67.maddesi belediyelere asli işlerini alt işverene devretme olanağı vermiş, Yargıtay kararları da bu yönde olmuştur: Temizlik işi, belediyenin asli işlerindedir. 5393 sayılı Belediye Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte temizlik işinin alt işverene verilmesi mümkün hale gelmiştir[12].

Davacının çalıştırıldığı ve ihale ile alt işverenlere verilen temizlik ve çöp toplama işinin çöp toplama işinin davalı Belediyenin asli işlerinden olduğu ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddeleri uyarınca bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği sabittir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, 5393 sayılı yasa, davalı Belediye'ye asıl işi olan temizlik ve çöp toplama hizmetini, alt işverene verme olanağı tanımıştır. Davalı Belediye Başkanlığı'nın bu yasa

kapsamında temizlik ve çöp toplama hizmetini üçüncü kişilere gördürmesi kural olarak geçerlidir. Bu nedenle mahkemenin davalı Belediye'nin asıl işlerinden olan temizlik işini alt işverene devretmesinin mümkün olmadığı, işçilerin ve işyerinin aynı kalması nedeni ile davalı Belediye ile taşeron şirketler arasındaki sözleşmelerin muvazaaya dayandığı gerekçesi yerinde görülmemiştir[13].

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyelerin asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım, toplu ve taşıma işleri **belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine istisna getirilmiştir.** 5393 sayılı Belediyeler Yasasının 67. maddesi ve İhale yasası kapsamında toplu ulaşım ve taşıma hizmetinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında alt işveren uygulaması ile temin edilmesinde yasaya aykırı bir durum yoktur[14].

Bu karar öğretide eleştirilmiştir: Anılan işlerin alt işverene İşK.2/6 vd.daki koşullar aranmadan verileceği değil, sanki "hiç alt işverene verilemez" biçimindeki yerel mahkeme (ve Yargıtay'ın 5393 sayılı BeldK. dönemindeki) anlayışından farklı olarak, "bu işler de alt işverene verilebilir" denmiş gibi görünüyordu. Oysa 09.06.2008- 40942/14420 ve 21.01.2010 tarih ve 41520/669 sayılı kararlarında bu tereddüt giderilerek açıkça İşK.2'ye istisna getirildiğinden söz edilmiştir. Bu anlayışı haklı kılacak bir ifadenin yasada yer almadığını ve bu tutuma katılmadığımızı bir kez daha vurgulayalım[15].

III- SONUÇ

Yargıtay daha önceki bazı kararlarında "işletmenin ve işin gereği" unsuruna hiç değinmeksizin tek başına "teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren işler" ölçütüne dayanarak hüküm kurmuş olsa da, son yıllarda yerleşik hale gelen kararlarında "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" ölçütünü bir bütün olarak değerlendirmiş, bununla birlikte "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" unsurunu temel, "işletmenin ve işin gereği" unsurunu ise tamamlayıcı unsur olarak mütalaa etmiş; öncelikle "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" unsurunu incelerken bu unsurun mevcut bulunduğu durumlarda "işletmenin ve işin gereği" unsurunun olup olmadığını inceleme konusu yapmıştır. Sonuç itibariyle gerek Alt İşverenlik Yönetmeliği gerek Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararları ışığında, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" ölçütünün -ağırlık 'teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme' unsurunda olmakla birlikte- bölünemez nitelikte olduğu söylenebilir[16].

Belediyeler ise 5393 sayılı Kanun gereği, temizlik, park bahçe, bakım onarım, toplu taşıma gibi, asli işlerini bu sınırlamalar (yani işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme) olmaksızın alt işverenlere devredebilmektedirler.

-

-

-

-

-
- [1] Hande Bahar AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.111.
- [2] Yrg. 9. HD'nin 10.04.2008 tarihli ve E. 2008/12851, K. 2008/8003 sayılı kararı.
- [3] Yrg. 9. HD'nin 13.01.2005 tarihli ve E. 2005/33416, K. 2005/931 sayılı kararı.
- [4] I. Çalışma Yaşamı ve İş Denetimi Kongresi, Murat ENGİN'in Tebliği, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2008, s.71.
- [5] Yrg. 9. HD'nin 28.04.2008 tarihli ve E.2008/ 19452, K.2008/10426 sayılı kararı.
- [6] Yrg. 9. HD'nin 21.01.2010 tarihli ve E.2008/12349, K. 2010/582 sayılı kararı.
- [7] Yrg. 9. HD'nin 01.03.2010 tarihli ve E.2009/48077, K.2010/5206 sayılı kararı.
- [8] Yrg. 9. HD'nin 18.02.2010 tarihli ve E.2008/16803, K..2010/3977 sayılı kararı.
- [9] Yrg. 9. HD'nin 25.02.2008 tarihli ve E.2007/23286, K. 2008/2222 sayılı kararı.
- [10] Necdet OKCAN, Onur BAKIR, "Taşeron Cumhuriyetine Doğru" Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 27, Yıl: 2010, s. 59.
- [11] Yrg. 9. HD'nin 05.05.2008 tarihli ve E. 2008/15362, K.2008/11408 sayılı kararı.
- [12] Yrg. 9. HD'nin 19.06.2006 tarihli ve E. 2006/15067, K. 2006/17766 sayılı kararı.
- [13] Yrg. 9. HD'nin 10.04.2007 tarihli ve E. 2007/6094, K. 2007/10224 sayılı kararı.
- [14] Yrg. 9. HD'nin 21.01.2010 tarihli ve E.2009/41520, K. 2010/669 sayılı kararı.
- [15] Ercan AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?" TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:23/4 Mayıs 2011, s.13.
- [16] Necdet OKCAN, Onur BAKIR, age, s.61.