

ihale alan yüklenici ile çalıştırılacak Alt işveren sözleşmesinde olması gereken hususlar(anayasa mahkemesi emsal kararlı)

asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığı için aşağıda belirtilen unsurları içermesi gerekir:

- a) Alınan işin; asıl işverenin işyerinde yürütülmesi,
- b) Alınan işin; asıl işverenin işyerinde yürütülen yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümü olması,
- c) Alınan işin; işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olması,
- d) Alınan iş için görevlendirilen işçilerin, sadece asıl işveren işyerinde çalıştırılması.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19 uncu maddesinde, sözleşmelerin yorumunda göz önünde tutulacak ilke ile muvazaalı işlemler düzenlenmiştir. Anılan hüküm önünde, görünürdeki işlem ile muvazaalı işlem aynı işlemdir.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde, muvazaalı işlem sayılan haller şunlardır (İş K m.2/VII):

- a) Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması,
- b) Daha önce asıl işverenin işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması.

Üstte belirtilen hallerden birinin varlığı söz konusu ise, genel olarak asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler (Mutlak muvazaa).

TBK'nın 19/I fıkrasında, irade teorisi kabul edilmiştir. Bu hükme göre; *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”* Bu nedenle, her çeşit muvazaalı işlem, gerçek iradeye uymadığından, geçerli sonuç doğurmaz.

Bu anlamda, asıl işveren – alt işveren ilişkisinde, muvazaalı, gerçekte geçerli bir hukuki işlem değildir. Kural olarak muvazaalı işlem, üçüncü kişiler hakkında da geçersiz olup, muvazaada onlara karşı da ileri sürülemez.

Ancak, asıl işveren veya alt işveren, aralarındaki işlemde doğan alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı muvazaalı olduğu savunmasını bazı istisnai hallerde kullanamaz. Bunun için aşağıdaki koşulların varlığı aranır (TBK m.19/II):

- a) Hukuken geçerli bir nedene bağlı olarak alacak kazanılmış olmalıdır.
- b) Yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacak kazanılmış olmalıdır.
- c) Alacak, iyiniyetle kazanılmış olmalıdır.

Muvazaalı işlemin geçersizliğini ispat yükü, bunu ileri sürene düşer.

Üçüncü kişiler, tanık dahil her türlü delille muvazaa iddiasını ispat edebilirler.

Muvazaalı işlemin hükümsüzlüğü davasında, mahkeme, emarelerle bağlıdır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aldığı 21.11.

1979 tarih, Esas1978/ 13-627 ve Karar 1979/1380 sayılı içtihadında, söz konusu emareyi kabul etmiştir.

Her durumda, asıl işveren – alt işveren ilişkisinde ileri sürülecek muvazaalı işlem iddiası, görüldüğü mahkemece yapılan yargılamada re’sen göz önüne alınır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARAR KONUSU

“4857 SAYILI İŞ KANUNUN 2/6 İNCİ MADDESİNDEKİ “alt işverenin taraf olduğu” SÖZCÜKLERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ

Esas Sayısı : 2016/2 Karar Sayısı : 2016/198

“4857 SAYILI İŞ KANUNUN 2/6 İNCİ MADDESİNDEKİ “alt işverenin taraf olduğu” SÖZCÜKLERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ:

A- 25.08.1971 tarihinden 4857 sayılı İş Kanunun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihine kadar 2 yıl yürürlükte kalan 1475 sayılı İş Kanunun 2 inci maddesinde; bu kanunun iş yeri, işveren ve işçiler hakkında uygulanacağı düzenlenmesine rağmen asıl-alt işveren ilişkisine dair bir hüküm içermemektedir.

Ancak iş ve çalışma hayatının gerekleri ve dinamizmi hukukun önüne geçtiğinden 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte olduğu sırada; Yargıtay’ın tek iş hukuku dairesi olan 9. Hukuk Dairesinin verdiği bir karar ardından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) da 04.11.1987 tarih, 1987/9-166 Esas ve 1987/815 sayılı kararında oy birliği ile; alt işveren işçilerinin çalıştıkları iş yerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye olduğu veya

dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma dilekçesi verdiğinde yararlanabileceğini belirtmiştir.

Ancak söz konusu HGK karan doktrinde alt ve asıl işverenin işyerinin “ayrı” olması, asıl işverenin taraf olduğu TİS’ den, alt işveren işçisinin yararlanamayacağı gerekçeleri ile eleştirilmiş, bunun üzerine 9.Hukuk Dairesi ve Yargıtay HGK bu görüşünü sürdürmemiştir.

10.06.2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş ve 2/6 maddesinin son cümlesinde aynen; “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” hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin gerekçesinde de yazılı olduğu gibi 1980’li yıllardan itibaren alt işveren işçisi çalıştırmak zorunlu hale gelmiştir. Yine aynı gerekçede asıl işverenin yükümlülüğünün yargı kararlarında ve doktrinde benimsendiği şekli ile düzenlendiği yazılıdır. Ancak madde gerekçesinde o işyeri ile ilgili olarak asıl işveren; iş yasasından, hizmet aktinden tümüyle sorumlu iken, neden sadece alt işverenin imzaladığı TİS’den yararlanır şeklinde bir sınırlama yapıldığına dair bir açıklama, gerekçe veya dayanak mevcut değildir.

Tam tersine gerekçede aynen; “İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar

olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır” yazılı olmakla, alt işveren işçilerinin bireysel hakların yanında kollektif yani toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarının da sınırlandığı kabul edilmiştir.

4857 sayılı Yasanın 2/6 inci maddesinde asıl işveren, alt işveren işçisinin çalıştığı iş yerinde hizmet aktinden ve İş Kanundan kaynaklanan yükümlülüklerinden hiç bir sınırlama getirilmeden alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuş iken, sadece “ alt işverenin taraf olduğu TİS’den yararlanabileceği şeklindeki bir sınırlama öncelikle maddenin kendi metnine aykırıdır. Çünkü aynı madde de asıl işveren alt işveren işçisinin bireysel haklarının tamamından sorumlu iken, kollektif yani toplu iş hukuku açısından “alt işverenin taraf olduğu” toplu iş sözleşmesi sınırlaması getirilmiştir.

Aslında bu hüküm asıl işveren zaten doğal olarak kendi taraf olduğu TİS’den zaten sorumlu olacağından, asıl işvereni ayrıca alt işverenle imzalanan toplu iş sözleşmesinden de aynen iş kanunundan, hizmet aktinden sorumlu tuttuğu gibi sorumlu tutmakta olmasına rağmen alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinde yürürlükte olan TİS’den yararlanmalarına engel olarak yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.

Oysa pozitif hukukumuzda alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinde uygulanan, asıl işverenin taraf olduğu TİS’den

yararlanmasını engelleyen hiç bir hüküm mevcut olmadığı gibi, aşağıda gerekçeleri ile anlatılmaya çalışılacağı gibi tam tersine hükümler mevcuttur.

B- 4857 sayılı Kanuna 2 inci maddesinde asıl-yardımcı iş ayrımı yapıldıktan sonra, Alt İşveren Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinde de asıl yardımcı iş tanımları yapılmıştır.

4857 sayılı İş Yasanının 2/6 inci maddesine göre yardımcı işler ile birlikte, asıl iş niteliğinde de olsa teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiğinde alt işverene verilmesi mümkündür.

Geçen yıllar içinde 5393 sayılı Belediye, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi, 4628 sayılı Elektrik Piyasası, 6001 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri, 5584 Sayılı Posta, 3213 Sayılı Maden, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunları ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü (TCDD) Ana Statüsünün ilgili Maddelerinde yapılan kanun değişiklikleri ile adı geçen kurum ve kuruluşların yardımcı işler ile birlikte asıl işlerin de alt işverene verilebileceğine dair özel hükümler getirilmiştir.

01.09.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 62 inci fıkrasını değiştiren 6552 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde de kamu idarelerinin yardımcı ve asıl işlerini de hizmet alımı yolu ile alt işverene verebilecekleri belirtilmiş, Anayasa Mahkemesi 11.06.2015 tarihli Resmi Gazete de yayımlanan 2014/177 Esas, 2015/49 sayılı kararı ile bu maddenin Anayasaya aykırılık

iddiasının reddine karar vermiştir.

İş Mahkemeleri ve Yargıtay'ın İş Hukukuna bakan Daireleri de özel yasalarında bu tür hükümler olan kamu idaresi asıl işverenlerin, yardımcı işleri gibi asıl işlerinde de alt işveren işçisi çalıştıracağına dair pek çok karar vermiş ve vermektedir.

Esas Sayısı : 2016/2 Karar Sayısı : 2016/198

C- Konuyla doğrudan ilgisi olduğundan işyeri ve işyerinin tescili kavramlarının da incelenmesi gerekmektedir. İşyerinin tanımı 4857 sayılı İş Yasasının 2 inci maddesi ile 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 11 inci maddesinde yapılmıştır.

İş Kanunun 3 ve 5510 sayılı Kanunun 11/3 üncü fıkraları gereğince her işyerinin Kurama bildirilmesi zorunludur. İş Yasasının 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı yasa ile değişik 3 üncü maddesine göre alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte bildirim yapmakla yükümlüdür.

Alt İşveren Yönetmeliğinin İşyerini bildirme başlıklı 5/(3) üncü maddesinde" asıl- alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir" hükmü bulunmaktadır.

Ancak 5510 sayılı Kanunun İşyerinin bildirilmesi başlıklı 11 inci maddesinin 8 inci fıkrası; alt işverenin asıl işverenle yaptığı sözleşmeyi ibraz ettiğinde Kurumdan alacağı özel bir numara ile asıl işverenin kayıtlı olduğu dosyadan bildirir şeklindedir.

4857 Sayılı Yasanın 2/6 inci maddesinde aynen “ o işyeri ile ilgili olarak” ifadesi kullanılmıştır. Yani yasa koyucu alt işveren işçilerinin çalıştığı işyerini “o işyeri “olarak görmekte ve o işyerindeki çalışmalarından asıl işvereni de sorumlu tutmaktadır.

Normlar hiyerarşisi ve bizzat 4857 Sayılı İş Kanunun 2/6 ıncı maddesinin “o işyeri” demesi, 5510 sayılı Kanunun 11. maddesinde asıl işverenin kayıtlı olduğu dosyadan bildirir hükümlerinin bulunması karşısında, yönetmelik hükmüne öncelik tanıma olanağı yoktur. Kaldı ki ayrı bir işyeri olsa dahi 4857 sayılı Yasanın bu işyerini o işyeri olarak nitelendirmesi, 5510 sayılı Kanunda da asıl işyerinin kayıtlı olduğu dosyadan bildirilir hükümlerinin bulunması karşısında alt işverenin işyerini tamamen bağımsız bir işyeri olarak kabul etme olanağı bulunmaktadır.

Esasen mahkememizce yapılan keşifte görüldüğü, bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi alt işveren işçileri; asıl işverene ait binada, asıl işveren işçileri ile birlikte aynı yerde yan yana çalışmakta, hemen hemen aynı asıl işi yapmakta, aynı üniformayı giymekte, aynı yemekhanede yemek yemektedirler.

Yasal ve fiili durum bu şekilde olmakla alt işveren işçilerinin çalıştığı işyerini asıl işverenin işyerinden bağımsız ve ayrı bir işyeri olarak kabul etmek, bu gerekçe ile de sadece alt işverenin taraf olduğu TİS'den yararlanabileceği şeklinde bir sınırlama yapmanın yasal ve fiili bir gerekçesi bulunmamaktadır.

D- Konuyu kollektif yani toplu iş hukuku yönünden de inceleme zorunluluğu

vardır.

- *11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendika üyeliği ve üyeliğin kazanılması başlıklı 17/(1).maddesinde, önceki 2821 Sayılı Sendikalar Kanunun 22/1 inci maddesine uygun olarak yaş şartı tutan her işçinin işçi sendikalarına, (2) inci bendinde de işverenlerin, işveren sendikalarına üye olabilecekleri yazılıdır.*

Yani işçi asından kurulmuş bir işçi sendikasına üye olmakla, işveren açısında da bir işveren sendikasına üye olmak dışında sendika üyesi olmak için başkaca bir şart mevcut değildir.

Yine aynı 17.madde de; hiç kimsenin sendikaya üye olmaya veya

olmamaya zorlanamayacağı, Sendika özgürlüğünün güvencesi başlıklı 25.maddede, işçilerin işe alınmalarının; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamalı üyeliği sürdürmeleri şartına bağlı tutulamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

6356 Sayılı Kanunun 17/(3) üncü maddesinde hiç kimsenin sendikaya üye olmaya veya olmamaya, 25 inci maddesinde belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri konularında zorlanamayacakları bu kadar açık olarak yazılı iken; 4857 Sayılı İş Kanunun 2/6 inci maddesinde sadece “ alt işverenin taraf olduğu” TİS ibaresinin bulunması; alt işveren işçilerinin belli bir sendikaya üye olmaya zorlanmaları demek olduğundan 6356 Sayılı Yasanın yukarıdaki maddelerine aykırıdır.

- *Toplu iş hukukunda sendika kuruluşunda ve üyeliğinde işkolu esası geçerlidir. Ancak yine 6356 Kanunun 4/ (2) inci maddesinde önceki 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 22/2 inci maddesine paralel olarak; “bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de, asıl işin girdiği işkolundan sayılacağı”,*

17/(4) üncü maddesinde de 4-(2) inci madde ile uyumlu olarak, “bir işyerinde yardımcı işlerde çalışan işçilerin işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabileceği” açıkça yazılıdır.

Her iki madde ile yasa koyucu; aynı işyerinde yürütülen yardımcı işlerinde aynı işkolundan sayılacağım ve bu işyerinde

yardımcı işlerde çalışan işçilerin yaptıkları iş farklı işkollarına girse dahi asıl işkolundaki sendikaya üye olabileceğini gayet net olarak kabul etmiştir.

Bunun nedeni de; aynı işyerinde birden fazla işkolu, birden fazla sendika ve farklı ücret sistemlerinin bulunmasının yaratacağı eşitsizlik ve iş barışım bozucu etkilerinin örtüne geçmektir.

Toplu iş hukukunu düzenleyen yukarıda anlatılan yasa maddeleri; o işyerinde

Esas Sayısı : 2016/2 Karar Sayısı : 2016/198

yapılan yardımcı işleri asıl işin girdiği işkolundan saymış, yardımcı işlerde çalışan alt işveren işçilerine asıl işverenin işkolundaki sendikaya üyelik hakkı vermiş iken; 4857 sayılı Yasanın 2/6 ıncı maddesinde “alt işverenin taraf olduğu” TİS ibaresinin bulunması, toplu iş hukukunu düzenleyen 6356 Sayılı Kanunun 4/2 ve 17/4 inci maddelerine de aykırıdır.

E- 14.12.1960 tarih ve 161 Sayılı Kanunla onaylanan 94 No lu İLO Sözleşmesinin

- 1. maddesinde özetle; ihale ile yaptırılan işlerde ihale sözleşmelerinin, işçi veya işveren teşekküllerince tespit edilmiş olanlardan daha az elverişli ücretleri ihtiva edemeyeceği yazılıdır.*

Ancak ağırlıklı olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Ankara Adliyesinde 20 yıl kadar fiilen iş hukukunda çalışmış on binlerce dosya incelemiş bir hakim olarak tarafımdan şimdiye kadar sadece bir veya iki kez ihale sözleşmesi veya eki olan teknik şartnamede; benzer işlerde çalışan asıl işveren işçisinin aldığı ücret ödenecektir şeklinde bir hükme rastlanmıştır.

Kaldı ki ihale sözleşmesi ve teknik şartnamede böyle bir hüküm olduğunda dahi alt işveren işçilerine aynı işi yapan asıl işveren işçisinin aldığı ücret ve para ile ölçülmesi mümkün diğer haklar ödenmediğinden iş mahkemelerine yine çok sayıda dava açılmaktadır.

Son bir kaç yılda iş mahkemelerine açılan her üç davadan en az birinin konusunu asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu iddiası veya alt işveren işçisi o işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye olmasına ya da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma dilekçesi vermiş olmasına rağmen; kayıtlı sendika üyeliğinin veya dayanışma aidatı ödeyerek işyerinde yürürlükte olan TİS'den yararlanma talebinin asıl işverence kabul edilmemesi nedeni ile TİS farklarının İş Mahkemelerinden talep edilmesinden kaynaklanan davalar oluşturmaktadır. Davacı vekilinin son celse alınan beyanında da görüldüğü gibi salt PTT aleyhine 2015 yılı ortalarında Ankara Adliyesine açılan dava sayısı 712'dir.

Bu kadar çok dava açılması da alt işveren işçilerinin yan yana çalıştıkları, çoğunlukla aynı işi yaptıkları asıl işveren işçilerinden daha düşük ücretle çalıştırıldığının göstergesidir.

Düşük ücretin nedeni de; aynı işyerinde, aynı işi yapan, yan yana çalıştığı asıl işveren işçisi sendikaya üye olduğunda veya dayanışma aidatı dilekçesi verdiğinde işyerinde yürürlükte olan TİS' den yararlanırken, alt işveren işçilerinin yararlanamamalarıdır.

Pozitif hukukumuzda alt işveren işçisinin taraf sendikaya üye olduğunda veya dayanışma aidatı dilekçesi verdiğinde, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını engelleyen hiç bir hüküm olmadığı halde, alt işveren işçileri, çalıştıkları işyerinde uygulanan asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaktadırlar.

Yararlanamamanın yasal dayanağı da; 4857 sayılı Yasanın 2/6 inci fıkrasında yazılı "alt işverenin taraf olduğu" TİS sınırlamasıdır.

aykırıdır.

Anlatılan nedenlerle anılan hüküm 94 sayılı İLO sözleşmesinin 1. maddesine de

F- İş hukukunun temel ilkelerinden biri de 4857 Sayılı İş Yasasının 5. maddesinde

yazılı olan iş ilişkisinde eşit davranma ilkesidir.

Bu ilkenin en çok uygulanması gereken alan da eşit işe-eşit ücret esasıdır. Ancak 2/6 inci maddedeki “alt işverenin taraf olduğu” sınırlaması, alt işveren işçisinin çalıştığı işyerinde uygulanan asıl işverenin taraf olduğu TİS’den yararlanmasını doğrudan engellediğinden, iş hukukunun en temel ilkelerine ve 4857 sayılı Yasanın 5. maddesine de aykırıdır.

G- Çalışılan işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını alt işveren işçileri yönünden engelleyen 4857 Sayılı Yasanın 2/6 mci maddesindeki “alt işverenin taraf olduğu” sınırlaması; Anayasa’nın Kanun önünde eşitlik başlıklı 18/1, Çalışma ve sözleşme hürriyeti başlıklı 48/1, çalışma hakkı ve ödevi başlıklı 49/2 inci fıkralarına da aykırıdır.

H- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Resmi Gazetede yayımlanan 2015 ocak istatistiklerine göre; ülkemizde 12 milyon 180 bin 954 aktif kayıtlı sigortalı işçi bulunmaktadır.

Yine aynı Bakanlığın www.csgeb.gov.tr resmi sitesinin verilerine göre yılı yazmamakla birlikte Türkiye’de 585 bin 788 kamu, 419 bin 466 özel sektörde olmak üzere toplam 1 milyon 5 bin 254 kayıtlı alt işveren işçisi mevcuttur. Çalışma

ve Sosyal Güvenlik Bakanı Ziya Çelik bir soru önergesine verdiği yazılı cevapta ise; 2014 yılında 1 milyon 361 bin 373 alt işveren işçisi bulunduğunu belirtmiştir. Aynı verilere göre ülkemizde 404 bin 699 alt işveren firması faaliyet gösterdiğini belirtmiştir.

Ülkemizin büyüme sürecine girmesi, kamu çalışan ve işçi sayısının yeterli olmaması, yardımcı ve asıl işlerin alt işverene verilebileceğine ilişkin yasa hükümleri karşısında; alt işverenler ile alt işveren veya günlük dilde kullanılan adı ile taşeron işçi sayısı da hızla artmıştır. Yukarıdaki resmi verilere göre kayıtlı alt işveren işçi sayısı, toplam kayıtlı sigortalı işçi sayısının % 10 undan daha fazladır.

Bu işçilerin benzer ve hatta çoğu kez aynı işi yapıp, yan yana çalıştığı işçilerden düşük ücret alması yukarıda anlatılmaya çalışıldığı gibi eşit işe, eşit ücret ilkesine aykırı ve iş barışını bozucu niteliktedir.

İş Yasasındaki “alt işverenin taraf olduğu” TİS sınırlama ve engellemesi ortadan

Esas Sayısı : 2016/2 Karar Sayısı : 2016/198

kalktığında; alt işveren işçileri de asıl veya 6356 Sayılı Kanunun 4-(2) maddesi nedeni ile yardımcı işlerde çalışanlar dahi, çalıştıkları işyerinde uygulanmakta olan asıl işkoluna ait, asıl işverenin taraf olduğu TİS’den taraf sendikaya üye

olarak veya dayanışma aidatı dilekçesi vererek yararlanabilecekler, böylece aynı işyerinde çalışan asıl işveren işçileri ile aralarında ücret ve halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunun 14. maddesindeki ifade ile ücrete bağlı sosyal haklar bakımından fark kalmayacak, bunun sonucunda da taşeron işçi sorunu ortadan

kalkmış olacaktır.

Öte yandan ülkemizde 12 Milyonun üstünde kayıtlı işçi bulunmasına rağmen, 800 bin civarında sendika üyesi işçi bulunduğu gözetildiğinde; gerek işçiler, gerek işverenler açısından sendikalaşmanın önü de açılmış olacaktır.

Alt işveren işçilerinin aynı işyerinde çalışan ve benzer işi yapan asıl işveren işçilerinden düşük ücret almaları yasa koyucuyu da memnun etmediğinden; gerek İş Kanunu, gerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, gerek 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunda sık sık değişiklikler yapılmaktadır. Taşeron işçileri kadro verilip, verilmemesi yönünden iktidar, muhalefet dahil siyasi partilerin de gündemindedir.

Türkiye elbette büyüyecek, elbette alt işveren diğer adı ile taşeron işçisi çalıştıracaktır. Ancak global ekonominin saygın bir ülkesi olmak istiyorsa; insan kaynağı avantajını doğru kullanmak, rasyonel kural ve kurumlar oluşturmak, evrensel hukuk kurallarına da uymak durumundadır.

Sonuç olarak; Yukarıda 1/A bend de esas ve karar numarası yazılı karar ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1987 yılında alt işveren işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu TİS'den yararlanabileceğine dair karar vermiştir.

4857 sayılı Yasanın 2 inci maddesinin gerekçesinde, İş Kanunundan, alt işverenle imzalanan iş sözleşmesinden asıl işveren hiç bir ayırım yapılmadan tümü ile sorumlu iken; neden sadece alt işverenin taraf olduğu TİS'inden sorumlu olduğu konusunda hiç bir açıklama mevcut değildir. Tam tersine gerekcede; alt işveren işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırıldığı ve bunun da yaygın olduğu açıkça yazılıdır.

1987 tarihli Yargıtay HGK kararı doktrinden eleştiri aldığı için 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunun 2/6.maddesine "alt işverenin taraf olduğu" sınırlaması getirilmiştir. Ancak gelinen bu aşama doktrinde bu kez 1987 tarihli HGK'nın yerinde olduğuna dair görüşler sıkça dillendirilmektedir.

Pozitif hukukumuzda alt işveren işçisinin sendikaya üye olduğunda veya dayanışma aidatı dilekçesi verdiğinde, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını engelleyen hiç bir hüküm olmadığı halde, salt bu maddede ki "alt işverenin taraf olduğu" ibaresi nedeni ile alt işveren işçileri, çalıştıkları işyerinde uygulanan asıl

işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmamaktadır.

Bu gün ülkemizde alt işveren veya diğer adı ile taşeron işçi sorunu olmasının temel nedeni; alt işveren işçisinin fiilen çalıştığı asıl işverene ait işyerinde uygulanan, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye olarak veya dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hakkım engelleyen, 4857 sayılı İş Yasasının 2/6 inci maddesinde “ alt işverenin taraf olduğu” sınırlamasının yazılı olmasıdır.

Yukarıda gerekçeleri ile açıklandığı üzere 4857 sayılı İş Kanunun 2/6 ıncı maddesi ile asıl işveren o işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin İş Kanundan doğan haklarından ve yine alt işverenle imzaladığı iş sözleşmesinden hiç bir ayrım olmadan sorumlu iken, konu toplu iş sözleşmesine gelince bu kez sadece alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden sorumlu olması;

bizzat aynı maddeye, 4857, 5510, 6356 sayılı Yasaların yukarıda tek tek sayılan maddelerine, 94 sayılı İLO Sözleşmesine ve yine yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın 18, 48 ve 49 inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi talep olunur.

- 4857 SAYILI İŞ KANUNUN 2. MADDESİNE, 01.07.2006 TARİH VE 5538 SAYILI KANUNUN 18 İNCİ MADDESİ İLE EKLENEN 8 İNCİ FIKRASININ b) BENDİNDE

YAZILI “ toplu iş sözleşmesi”
SÖZCÜKLERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ:

Eldeki davada davacıların işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanma taleplerinin, davalı şirketin İnsan

Kaynakları Daire Başkanlığının 11.09.2014 tarih ve 12123 sayılı yazısı ile; 4857 sayılı İş Yasasının tanımlar başlıklı 2 inci maddesinin 8 inci fıkrası hükmü gerekçe gösterilerek reddine karar verilmiştir.

Anılan madde hükmü aynen; (Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğumdan 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;

1. Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

1. 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, şeklindedir.

Davalı sermayesinin tamamı kamuya ait bir
şirket olmakta bu madde

Esas Sayısı : 2016/2 Karar Sayısı : 2016/198

kapsamındadır. Bu fıkrada salt işveren işçisi olmaları nedeni ile asıl işveren işçi veya personeline tanınan bir kısım haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

Öncelikle anılan maddede sayılan haklar, kamuya veya kamu ortaklıklarının kadro veya pozisyonlarında çalışanlara idarece verilen tek taraflı veya personelin siciline bağlı olarak yine idarece verilen haklar olduğu halde; bunların içine işçi-işveren sendikaları arasında imzalanan, iki taraflı ve tarafları bağlayan toplu iş sözleşmesinin de dahil edilmesi öncelikle sözleşme hukukunun temel ilkelerine aykırıdır.

Kaldı ki 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun toplu iş sözleşmesinden yararlanma başlıklı 39-(1) inci maddesinde; toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanacağı açıkça yazılıdır.

Ancak bu maddeye iptali talep edilen “toplu iş sözleşmesi” ibaresinin de dahil edilmesi nedeni ile; alt işveren işçileri işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesine üye olsa veya dayanışma aidatı ödese dahi o işyerinde uygulanmakta olan TİS’den yararlanamayacaktır.

Bu durum ise 6356 sayılı Kanunun 39-(1) maddesine ve sözleşme hukukuna

aykırıdır.

Sonuç olarak; iptali istenen “toplu iş sözleşmesi” ibaresi o işyerinde çalışan işçinin, sırf alt işveren işçisi olduğundan

o işyerinde yürürlükte olan TİS'den yararlanamayacağına dair yasa 6356 sayılı Kanunun 39-(l) maddesine, aynı zamanda 4857 sayılı İş Yasasının 5. maddesindeki eşitlik ilkesi ve Anayasa'nın 48/1, 49/2 inci maddelerine de aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi talep olunur.

▪ 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUN 8 İNCİ MADDESİNE 11.09.2014 TARİH VE 6552 SAYILI KANUNUN 13 ÜNCÜ MADDESİ İLE EKLENEN ÜÇÜNCÜ FIKRANIN TÜMÜ İLE İPTALİ TALEBİNİN ANAYASA AYKIRILIK GEREKÇELERİ:

Eldeki dava da davalı işveren davacının TİS'den yararlanma taleplerini 4857 sayılı İş Yasanın 2/8 inci maddesi nedeni ile kamuya ait işyeri olmaları ile reddettikten sonra, cevap dilekçesinde ayrıca kendisinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında kaldığını savunmaktadır. Bu savunma dolayısı 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun da kapsamı dışında kaldığı anlamına gelmektedir.

Davalının sermayesinin tamamı devlete ait bir şirket olması, bu davanın konusunu da davacıların sendika üyeliğinden kaynaklanan fark alacaklarını talep etmesi oluşturduğundan; somut olayda doğrudan uygulanması söz konusu olan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 8 inci fıkrasına 6552 sayılı Kanun ile eklenen üçüncü fıkra da özetle; kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin yararlanacakları toplu iş sözleşmelerinin yapılma şekli ve TİS yapma yetkisi düzenlenmiş, ardından kamu

işyerlerinde çalışan alt işveren işçileri için toplu iş sözleşme yapma yetkisini merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarına verilmiş, devamında kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmez, 4857 sayılı Yasanın 2 inci fıkrasına göre de sorumluluk yüklenemez hükümleri getirilmiştir.

Toplu iş sözleşmesi yapılması ve bir kısım işçilerin bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını düzenleyen hükümlerin, toplu iş hukukunun temel kanunu olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yerine, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmesi öncelikle kanun sistematığına uygun değildir.

A- Toplu iş hukukunun temel kanunu olan 6356 Kanunda; toplu iş sözleşmesi yapılması, yetki, yararlanma ve TİS farklarının ödenmesi konularında, kamu ve özel sektör işçi veya işverenleri arasında herhangi bir ayırım yapmamış iken, 4735 sayılı Kanunun 8 inci maddesine eklenen bu fıkra ile; TİS yapılması, yetki, yararlanma ve TİS farklarının ödenmeleri yönlerinden, kamuda çalıştırılan alt işveren işçileri ayrı ve farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

Bu durum öncelikle toplu iş sözleşmesi yapma şekli ve yetkisini düzenleyen 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin 1, 2, 3 ve 4 bentlerine, 4857 sayılı İş Yasanının 5 inci maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesi ile Anayasa'nın Kanun önündeki eşitlik başlıklı 10. maddesi ve 48. maddesinde düzenlenen Çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin maddelerine aykırıdır.

B- Aynı fıkrada özetle; kamuda çalışan alt işveren işçileri ile ilgili toplu iş sözleşmelerini merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikaları tarafından yapılabileceği, TİS'nin kamu işveren sendikası tarafından sonuçlandırılması halinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği yazılıdır.

Kamuda çalışan alt işveren işçileri için TİS yapma yetkisinin kamu idarelerinin üyesi bulunduğu işveren sendikalarına verilmesi, ardından alt işveren işçilerine ödenmesi gereken TİS'den kaynaklanan farkların da idarece sadece toplu iş sözleşmesini kamu işveren sendikaları yaptığında ödeneceğinin yazılı olması 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun 17 inci maddesinin 1 ve 2 bendlerinde ki işçi ve işverenlerin istedikleri sendikaya üye olma veya olmama serbestliğine, 3 üncü bendindeki "hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz" hükmü ile yine 6356 sayılı Yasanın 25-1 maddesinde ki "belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz hükümlerine aykırıdır.

C- İptali istenen fıkranın 3. cümlesinde aynen; "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı

Esas Sayısı : 2016/2 Karar Sayısı : 2016/198

ödenemez, 4857 sayılı Yasanın 2 nci maddesinin yedinci fıkrası

esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez” hükümleri bulunmaktadır.

Bu cümlenin ilk yansı; 4857 sayılı İş Yasasının 5 inci maddesindeki eşit davranma ilkesi, 6356 sayılı Kanunun 17 ve 25 inci maddelerindeki sendikaya üye olup, olmama ve zorlanamama özgürlüğü ile Anayasa’nın Kanun önünde eşitlik başlıklı 10.maddesi ve 48.maddesindeki Çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırıdır.

Cümlenin ikinci yarısında ise; 4857 sayılı Yasanın hali hazırdaki 2/6 inci fıkrasındaki asıl işverenin alt işverenin taraf olduğu TİS’den zaten var olan sorumluluğu dahi kamuda çalışan alt işveren işçileri için “yeniden ve ikinci kez daraltılarak” sadece kamunun üyesi bulunduğu kamu işveren sendikaları ile yapılan toplu iş sözleşmelerine indirgendiğinden, bizzat 4857 sayılı İş Yasasının 2/6 inci maddesi ile birlikte 5 inci maddesindeki eşit davranma ilkesi ile Anayasa’nın Kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesi ve 48.maddesindeki Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen maddelerine de aykırıdır.

Sonuç olarak; anılan fıkra tümü ile bireysel ve toplu iş hukukunu düzenleyen 4857 ve 6356 sayılı Kanunlara aykırı olduğu gibi, Anayasa’nın 10 ve 48 inci maddelerine de aykırı olduğundan iptaline karar verilmesini talep etmek gerekmiştir.

Anlatılan nedenlerle;

I-4857 sayılı İş Kanunun 2/6 ncı maddesinde yazılı olan" alt işverenin taraf olduğu" sözcükleri ile,

- 4857 sayılı İş Kanuna 01.07.2006 tarihinde 5538 Sayılı Kanunun 18 inci maddesi ile eklenen 8 inci fıkrasının b) bendindeki "toplu iş sözleşmesi" sözcüklerinin,
- 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 8 inci maddesine, 11.09.2014 tarih ve 6552 Sayılı Kanununun 13.maddesi ile eklenen üçüncü fıkranın "tümü" ile yukarıda sayılan Yasalar, 94 sayılı İLO Sözleşmesi ile Anayasa'nın belirtilen maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden ayrı ayrı iptallerine karar verilmesi talep "