

T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
E. 2012/21-75
K. 2012/280
T. 4.4.2012

• HİZMET TESPİTİ DAVASI (Davanın Sonucunda Verilen Kesinleşmiş Hüküm Doğrultusunda Primlerin Kurumca Tahsili Söz Konusu Olacağı - İhaleyi Veren Davalı Anonim Şirketin Taraf Sıfatının Bulunduğunun Kabulü Gereği)

• ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN YÖNÜNDEN HİZMET TESPİT DAVALARI (Hizmet Tespit Davası - Davanın Sonucunda Verilen Kesinleşmiş Hüküm Doğrultusunda Primlerin Kurumca Tahsili Söz Konusu Olacağı/Davanın Sonuçta Asıl İşverenin de Hak Alanını İlgilendirdiğinin Gözetileceği)

• TARAF EHLİYETİ (Hizmet Tespit Davası - Davanın Sonucunda Verilen Kesinleşmiş Hüküm Doğrultusunda Primlerin Kurumca Tahsili Söz Konusu Olacağı/haleyi Veren Davalı Anonim Şirketin Taraf Sıfatının Bulunduğunun Kabulü Gereği)

• HİZMET TESPİTİNE KONU İŞİN İHALE EDİLMİŞ OLMASI (Hizmet Tespit Davası - Davanın Sonucunda Verilen Kesinleşmiş Hüküm Doğrultusunda Primlerin Kurumca Tahsili Söz Konusu Olacağı/haleyi Veren Davalı Anonim Şirketin Taraf Sıfatının Bulunduğunun Kabulü Gereği)

ÖZET : Dava, davalılardan ... Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı “, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işverendir. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 Sayılı Kanun uygulaması yönünden aracından söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacağından, hizmet tespiti davasında husumetin asıl işverene değil, hizmet akdinin tarafı olan bağımsız işverene yöneltilmesi gerekir. Yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının üst (asıl) işveren-alt işveren olarak kabulüyle tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesi yasaya uygundur.

DAVA : Taraflar arasındaki “Hizmet Tespiti” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Mersin 2.İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 13.11.2008 gün ve 2007/748 E.-2008/479 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar SGK. Ve ... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 11.3.2010 gün ve 2009/2766 E.-2010/2162 K. sayılı ilamı ile;

(... 1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun tüm temyiz itirazlarının reddine,

2-)Davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş.`nin temyizine gelince; Dava, davacının 20.5.1995-26.5.1998 tarihleri arasında davalı işverenlere ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüyle davacının 20.5.1995 - 1.9.2003 döneminde üst işveren ... Elektrik Dağıtım A.Ş ile alt işveren ... Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti.'nde askerlik yaptığı 26.11.1996-26.6.1998 tarihleri arasındaki süreler hariç sürekli olarak çalıştığının tesbitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına karar verilmiştir.

506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde ifadesini bulan hizmet tesbiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 4.maddesinde bu Yasa'nın uygulanmasında 2.maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin "işveren" olduğu bildirilmiştir. "Çalıştıran" olgusu, tesbiti istenen sürelerle dair hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen "işvereni" ifade etmektedir.

Davacının ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi adına kapsama alınmış işyerinden işe giriş bildirgesini ve prim bildirimlerini veren, ihale suretiyle diğer davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş.'den sözleşme kapsamında tanımlanan işi alan davalı ... Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'dir.

506 Sayılı Yasa'nın 87.maddesinde "bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işvereninde sorumlu olacağı" bildirilmiştir.

506 Sayılı Yasa'nın 87.maddesiyle asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali yönden sorumluluk hukukunun sınırlarının belirlendiği, maddede geçen "bu kanunun işverene yüklediği ödevler tanımlamasının asıl işverene, alt işverenin taraf olduğu hizmet sözleşmeleri sebebiyle açılacak hizmet tesbiti davalarında" pasif husumet ehliyetini amaçlamadığı anlaşılmaktadır.

Davacı sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin davalı alt işveren ... Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. tarafından düzenlenmiş olması karşısında ise hizmet tesbitine yönelik davanın da bu işverene karşı husumet yöneltilerek açılması gerekir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın davalılardan ... Elektrik Dağıtım A.Ş. yönünden davanın husumet yokluğundan reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalılardan ... Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...),

Gerekçesiyle bozularak, bozma nedenine göre ... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin diğer temyiz itirazları incelenmeksizin, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

H.G.K.nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, 20.5.1995 ile 1.9.2003 tarihleri arasında davalılardan ... Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı işyerlerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin, davalı İçel ... İnş. Nak. Paz. Tic. San. Ltd. Şti.'nin ... Elektrik Dağıtım A.Ş.'den (eski adıyla Tedaş Mersin Müessese Müdürlüğünden) aldığı endeks okuma ve kesme-bağlama ihaleleri işlerinde 20.5.1995 ile 1.9.2003 tarihlerinde kesintisiz olarak sürekli iş akdi ile çalıştığını, davalı şirketin eski ismini ... Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. olarak değiştirdiğini, müvekkilinin ... firmasında çalıştığı dönemde hizmet akdine dayalı çalışmalarının Kuruma eksik bildirildiğini, davalı işverenin 1.9.2003 tarihinde hiçbir gerekçe göstermeden müvekkilini işten çıkardığını belirterek, müvekkilinin 20.5.1995 ile 1.9.2003 tarihleri arasında sigortalı sayılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Devredilen Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü) vekili; davacının davalı işyerine 20.5.1995 tarihinde kendi imzasını taşıyan işe giriş bildirgesiyle girdiğini, 1995 yılında 86 gün, 1996 yılında 89 gün, 1998 yılında 15 gün, 1999 yılında 249 gün, 2000 yılında 31 gün, 2001 yılında 343 gün, 2002 yılında 304 gün, 2003 yılında 231 gün çalıştığını, başkaca bir çalışmasına rastlanmadığını belirterek, davanın reddini istemiştir.

Davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekili; davacının, müvekkil kurumun yaptığı endeks okuma ihalesi uhdesinde kalan diğer davalı şirket/müteahhit firma sigortalısı olduğunu;müvekkil kurum ile davacı arasında hizmet ilişkisi bulunmadığını, davanın müvekkili kurum yönüyle husumet yokluğu sebebiyle reddi gerektiğini, zira davacının ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi iş yerinden işe giriş bildirgesini ve prim belgelerini veren, ihale suretiyle müvekkil kurumdaki sözleşme kapsamında tanımlanan işi alan diğer davalının işveren olduğunu; ilgili sayaç okuma ihalesi ve eki şartnamelere göre müvekkil kurumun sorumluluğunun, sayaç okuma ihalesi uhdesinde kalan firmanın sayaç/endeks okuma işini taahhüt ettiği şekilde yerine getirip getirmediğini denetleme ve kontrol olduğunu; 506 Sayılı Yasa'nın 4.maddesinde işverenin tanımlandığını, "çalıştıran" olgusunun hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen işvereni ifade ettiğini, aynı Kanunun 79/10.maddesine göre de, bu tür davanın sigortalıyı fiilen çalıştıran işverene yöneltilmesi gerektiğini, anılan Kanunun 87.maddesindeki yüklenen ödevin bu tür davada asıl işverene pasif husumet ehliyetini amaçlamadığını belirterek, esas yönüyle de davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı ... Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. temsilcisi; davacı tarafın firmalarında endeks okuma, enerji kesme-açma işlerinde kısmi olarak çalıştığını, firmanın ihaleyi kaybetmesi üzerine işten haklı sebeple ödemeleri yapılarak çıkartıldığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece; istemin kabulüyle "davacının 20.5.1995 ile 1.9.2003 tarihleri arasında üst işveren ... Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren ... Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle askere alındığı 26.11.1996 tarihinden 26.6.1998 tarihine kadar olan süre hariç olmak üzere sürekli olarak çalıştığının tespitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına" karar verilmiştir.

Davalı SGK ve ... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekillerinin temyizleri üzerine

Özel Dairece; yukarda açıklanan gerekçelerle SGK vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, diğer davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. yararına husumet yönüyle karar bozulmuş;mahkemece, önceki hükümde direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı SGK ve ... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri temyize getirmiştir.

H.G.K.`ndaki görüşme sırasında işin esasına geçilmeden önce, davalı SGK vekilinin bozma ilamında temyiz itirazlarının reddine karar verilmesi karşısında, direnme hükmünü temyizde hukuki yararının bulunup bulunmadığı, ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

Sonuçta; Özel Dairece davalı Kurumun temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş olmasının, davacı işçinin hizmet tespiti davasına konu sigortalı çalışma olgusunu kapsadığı; diğer taraftan hizmet tespiti davası ile davacı işçi aynı zamanda, tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını da amaçladığından ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından, direnme kararını temyizde hukuki yararının bulunduğu oybirliğiyle kabul edilmiş ve ön sorun bu şekilde aşıldıktan sonra, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Direnme yoluyla H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık;hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş.`nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, hizmet tespiti davası hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır:

Geçmiş dönem çalışmalarının tespitini isteyen kişi, söz konusu dönemler içinde 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (SSK) anlamında, sigortalı niteliği taşımalıdır. SSK.`nın 2.maddesi, “sigortalı sayılanlar” başlığı altında kimlerin sigortalı olacağının esaslarını belirtmiştir.

Anılan maddede sigortalı; “bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan kimse” olarak tanımlanmıştır. Böylece sigortalı olmak için kural olarak, çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayanması gerekir.

Bilindiği gibi, çalıştırılanlar SSK. 2. ve 6.maddelerinde öngörülen koşulların oluşmasıyla birlikte kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Ancak bu kimselerin SSK.`nın 3.maddesinde sayılan istisnalar kapsamında bulunmaması gerekir. Çalıştırılanların, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sigortalı niteliğini kazanacakları Yasa gereğidir (SSK. m.6/1).

İşe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılan çalışanlar, sahip oldukları hak ve yükümlülüklerden vazgeçemezler (SSK. m.6/1).

Ne var ki, Sosyal Sigortalar Kurumu`nun sigortalıya, işe başlamasıyla tabi olduğu sigorta kollarına dair yardımları yapabilmesi ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirebilmesi için sigortalının Kurum`a bildirilmesi gerekir. İşverenler, yanında çalıştırdıkları sigortalıları Kurum`a bildirmekle yükümlüdür (SSK. m.9).

İşverenler, yanında çalıştırdığı işçileri Kurum`a hiç bildirmeyerek, çalışma gün sayısını eksik bildirerek veya prime esas kazanç düzeyini eksik göstererek veyahut hiç çalışmadığı halde eşini dostunu sigortalı göstererek “kayıt dışı işçilik” veya “kaçak işçilik” olgusunun ortaya çıkmasına sebep olmakta; deyim yerindeyse uygulamadaki ifadesiyle “kaçak veya gizli sigortalı” çalıştırmaktadırlar (Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, sahife 701; Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, sahife 627;Duman, Barış:506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, sahife 33).

İşte SSK.`nın 79/10.maddesi, bu duruma karşı bir önlem olarak sigortalıya–aylık kazanç toplamalarının ve prim ödeme gün sayılarının belli edilmeleri amacına yönelik olmak üzere–eski hizmetlerini mahkeme yolu ile tespit ettirme hakkını tanımaktadır. Böylece sigortalı, mahkemeden alacağı ilamda belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayılarını sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmalarında saydırma olanağını bulmakta ve anılan belgelerin zamanında verilmesi halinde bulunacağından ayrımsız bir hukuksal duruma kavuşmaktadır.

Hizmet tespiti davasının davalısı, kural olarak işverendir. Söz konusu davanın, tespiti istenilen dönemdeki işveren aleyhine açılacağı doğal ise de, dava sonucunda verilecek kararı icra edecek ve bu doğrultuda gereken hukuki işlemleri yapacak olan Kurumdur. Öyleyse, anılan davanın Sosyal Sigortalar Kurumunun da hak alanını ilgilendireceğinden husumetin yasal hasım olan Kuruma da yöneltilmesi gerekir.

Bu arada, dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramları üzerinde de durulmalıdır:

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildir; dolayısıyla, medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler.

Taraf sıfatına gelince: Bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir. Bir hakkın sahibinin kim olduğu, dolayısıyla o hakkı dava etme yetkisinin kime ait olduğu, (o davada davacı sıfatının kime ait olacağı) tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirlenir. Ancak, bir davanın davacısının o dava yönünden davacı sıfatına sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, mahkeme davaya konu hakkın mevcut olup olmadığını inceleyemeyeceği ve sıfat yokluğundan davanın reddine karar vermek zorunda olduğu için, taraf sıfatı usul hukukunun da düzenleme alanındadır.

Eş söyleyişle, sıfat, davaya konu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı davaya konu sübjektif hakka ilişkindir (Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder:Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, 7.baskı, s.231).

O halde, davaya konu şey üzerinde kim veya kimler hak sahibi ise, davayı da bu kişi veya kişilerin açması gerekir. Davayı açabilmek için gerekli sıfat, davaya konu şey üzerinde hak sahibi olan kişiye aittir. Bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı tıpkı hakkın mevcut olup olmadığının tayininde olduğu gibi maddi

hukuka göre belirlenir (Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: a.g.e., s.231-232; Üstündağ, Saim:Medeni Yargılama Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s.307).

Mahkemenin taraflar arasında davaya konu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir.

Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, davaya konu sübjektif hakkın özüne dair bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında davaya konu hakkın doğumuna engel olduğu için def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraza ilişkindir.

Nitekim aynı ilkeler, H.G.K.'nun 23.6.2004 gün ve E:2004/4-371, K:2004/375; 18.4.2007 gün ve E:2007/5-233, K:2007/221;4.3.2009 gün ve E:2009/10-34, K:2009/104; 4.11.2009 gün ve E:2009/2-402, K:2009/484;3.2.2010 gün ve E:2010/4-4, K:4;8.2.2012 gün ve E:2012/21-790, K:63 Sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Buraya kadar ki, açıklamalardan sonra “taraf sıfatı”na etkisi bakımından 506 Sayılı Kanunun 87.maddesi ve ilgili kavramların irdelenmesinde yarar vardır.

506 Sayılı Kanunun 87.maddesinde “aracı”, 4857 Sayılı İş Kanununun 2/6. maddesinde ise “asıl işveren-alt işveren” ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, “aracı” olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

Bunlardan; asıl işverenin yanında “taşeron” olarak adlandırılan başka işverenlerinde işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan “asıl işveren-alt işveren” ilişkisini Sosyal Sigortalar Kanunu açısından ele alan 506 Sayılı Kanunun 87.maddesi hükmü, tıpkı mülga 1475 Sayılı İş Kanununun 1 /son, 4857 Sayılı İş Kanununun 2/6. maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır.

506 Sayılı Kanunun “Üçüncü kişinin aracılığı” başlıklı 87.maddesi; “Sigortalılar 3. bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işde veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir.” hükmünü içermektedir.

Bu hüküm ile asıl işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutulmasındaki gaye, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almaktır.

506 Sayılı Kanununa göre, aracından söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce “asıl işveren”in varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve nihayet, asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asıl işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır.

İşveren kavramı ise;506 Sayılı Kanunun 4/1.maddesinde, “... bu Kanunun 2.maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek yada tüzel kişi...”, 4857 Sayılı İş Kanununun 2.maddesinde “Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar...” olarak tanımlanmakta olup, işveren niteliği işçi çalıştırmanın doğal sonucudur. Kanunun tanımından hareketle, “asıl işveren-alt işveren” ilişkisi için, işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında müteselsil sorumluluk doğmayacaktır.

4857 Sayılı İş Kanununun 2/6.maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine dair yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle 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.” şeklinde tanımlanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmaları ise de, 4857 Sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenleme bu ilişkiyi daraltıcı niteliktedir (H.G.K.`nun 2.6.2004 gün ve E:2004/21-326, K:2004/328;20.12.2006 gün ve E:2006/21-796, K:2006/812 Sayılı ilamları).

Az yukarda vurgulanan ilkeler, H.G.K.`nun 10.11.2010 gün ve E:2010/21-497, K:590;8.2.2012 gün ve E:2011/21-789, K:62;8.2.2012 gün ve E:2011/21-790, K:63;7.3.2012 gün ve E:2011/21-815, K:122 Sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Açıklanan bu maddi hukuk kurallarının somut olay ortaya konularak değerlendirilmesi gerekir.

Davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş., asıl işinin bir bölümü olan "elektrik endeks okuma, bim kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işini ihale ile diğer davalı ... Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.`ne verdiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, gerek 4857 Sayılı Yasa, gerekse 506 Sayılı Kanun karşısında davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. asıl işveren, diğer davalı ... Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. ise, alt işveren (aracı) konumundadır.

506 Sayılı Kanunun (m.87) yüklediği ödevlerden dolayı, alt işveren (aracı) ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğu belirtildiğine göre, davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. (asıl işveren), aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildirelerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevler yönünden, bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde, davalı Kuruma karşı, diğer davalı ... Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. (alt işveren) ile müteselsilen sorumludur.

Hizmet tespiti davası ile davacı işçi (sigortalı) sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin de alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını amaçladığından ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olmakla, davanın sonuçta asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği, belirgindir.

Öyleyse, asıl işveren konumundaki davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş.`nin anılan davada taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunduğu kabulüyle husumetin bu davalıya yöneltilmesinde de usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur.

Öte yandan, asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işverendir. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 Sayılı Kanun uygulaması yönünden aracından söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacağından, hizmet tespiti davasında husumetin asıl işverene değil, hizmet akdinin tarafı olan bağımsız işverene yöneltilmesi gerekecektir.

506 Sayılı Yasa`nın 79 ve 87.maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hizmet tespitine konu olan iş ihale ile davalı ... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren ... Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu sebebiyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı, yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının üst (asıl) işveren-alt işveren olarak kabulüyle tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, bozma nedenine göre, davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle direnme uygun bulunduğundan, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 21.Hukuk Dairesine gönderilmesine, 4.4.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.