

**T.C.**  
**YARGITAY**  
**HUKUK GENEL KURULU**  
**E. 2010/21-497**  
**K. 2010/590**  
**T. 10.11.2010**

• İŞVERENLİK SIFATI ( Hizmet Tespitine Konu Olan İşi İhale İle Davalı ve Limited Şirketi'ne Veren Elektrik Dağıtım A.Ş. Hakkındaki Davada Her İki Davalının İşverenlik Sıfatlarının Asıl İşveren-Alt İşveren Olarak Kabulünde İsabetsizlik Olmadığı )

• HİZMET TESPİTİ ( Tespite Konu Olan İşi İhale İle Davalı ve Limited Şirketi'ne Veren Elektrik Dağıtım A.Ş. Hakkındaki Davada Her İki Davalının İşverenlik Sıfatlarının Asıl İşveren-Alt İşveren Olarak Kabulü İle Tespit Davası Yönünden Hüküm Kurulmasının İsbetli Olduğu )

• HUSUMET ( Hizmet Tespitine Konu Olan İşi İhale İle Davalı ve Limited Şirketi'ne Veren Elektrik Dağıtım A.Ş. Hakkındaki Davada Her İki Davalının İşverenlik Sıfatlarının Asıl İşveren-Alt İşveren Olarak Kabulünde İsabetsizlik Olmadığı )

**ÖZET** : 506 sayılı Yasa'nın [79](#) ve [87](#).maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hizmet tespitine konu olan işi ihale ile davalı E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T... Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat ( pasif husumet ) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı, yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabulü ile tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesi usul ve yasaya uygundur. Yüksek Özel Dairece bozma nedenine göre, davalı T... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

**DAVA** : Taraflar arasındaki "Hizmet tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Mersin 2.İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.06.2008 gün ve 2007/749 E. - 2008/316 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar SGK. ve T... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 28.05.2009 gün ve 2009/256 E.- 7449 K. sayılı ilamı ile;

( ... 1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre SGK vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine,

2-Davalı T... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarına gelince; Dava, 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalılardan E. Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı işyerlerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kabulü ile davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında üst işveren T... Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tesbitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 23.06.2000 tarihinde eski unvanı İ... E. İnşaat Nakliyat Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, yeni unvanı E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davalı işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin 22.06.2000 tarihinde Kuruma verildiği, 23.06.2000-22.12.2000 tarihleri arasındaki çalışmasının Kuruma bildirildiği, davacının hizmet tesbitini talep ettiği dönemde T... Elektrik Dağıtım A.Ş.'den endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale yoluyla aldığı anlaşılın E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığıının bordro tanıklarının beyanları ile kanıtlandığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık sadece hizmet tespitine ilişkin olup, ortada asıl işverenin hukuki sorumluluğunu gerektirecek bir alacak veya tazminat davası bulunmadığı gibi asıl işveren yanında eylemli bir çalışmanın varlığı iddia ve ispat edilemediğine HGK ile 21.H.D. ve 10.H.D.'sinin bu yöndeki hiç sapma göstermeyen uygulamasının da bu yönde olmasına onama ile geçen bir Daire kararının emsal içtihat olarak kabul edilemeyeceğine göre söz konusu işi ihale ile davalı E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T... Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat ( pasif husumet ) yokluğu nedeniyle reddine karar verilerek, davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalı işveren E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığıının tesbitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı T. EDAŞ vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır... ),

Gerekçesiyle bozularak, bozma nedenine göre T. EDAŞ vekilinin öteki itirazları incelenmeksizin, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR** : Dava, 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalılardan E... 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 İ... E. İnş. Nak. Paz. Tic. San. Ltd. Şti.'nin T... Elektrik Dağıtım A.Ş.'den ( eski adıyla Tedaş Mersin Müessese Müdürlüğünden ) aldığı endeks okuma ve kesme-bağlama ihaleleri işlerinde 18.02.2000 ila 15.06.2002 tarihlerinde kesintisiz olarak sürekli iş akdi ile çalıştığını, davalı şirketin eski ismini E... Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. olarak değiştirdiğini, müvekkilinin E. firmasında çalıştığı dönemde hizmet akdine dayalı çalışmalarının Kuruma eksik bildirildiği gibi işe giriş ve çıkış tarihlerinin de gerçeği yansıtmadığını, davalı işverenin 15.06.2002 tarihinde hiçbir gerekçe göstermeden müvekkilini işten çıkardığını belirterek, müvekkilinin 18.02.2000 ila 15.06.2002 tarihleri arasında sigortalı sayılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ( Devredilen Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü ) vekili davacının, davalı işyerine 23.06.2000 tarihinde kendi imzasını taşıyan işe giriş bildirgesiyle girdiğini, 2000 yılında 179 gün çalıştığını, başkaca bir çalışmasına rastlanmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir.

Davalı T... 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 nedeniyle 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 Yasanın 79/10.maddesine göre de, bu tür davanın sigortalıyı fiilen çalıştıran işverene yöneltilmesi gerektiğini, anılan Yasanın 87.maddesindeki yüklenen ödevin bu tür davada asıl işverene pasif husumet ehliyetin amaçlamadığını belirterek, esas yönüyle de davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı E... Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. temsilcisi; davacı tarafın iş yerinde 2001 yılının sonuna kadar çalıştığını, bu tarihte firma ihaleyi kaybettiği için işine son verildiğini, bu durumda davanın hak düşürücü süreye uğradığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece; istemin kabulü ile "davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında üst işveren T... Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tespitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına" karar verilmiştir.

Davalı SGK. ve T... Elektrik Dağıtım A.Ş. vekillerinin temyizleri üzerine Yüksek Özel Dairece; yukarıda açıklanan gerekçelerle SGK vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, diğer davalı T... Elektrik Dağıtım A.Ş. yararına husumet yönüyle karar oyçokluğuyla bozulmuş; mahkemece, önceki karar gerekçelerine ilaveten; "görülen dava sonucunda verilecek kararın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği" gerekçesi ile önceki hükümde direnilmiştir.

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

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında işin esasına geçilmeden önce, davalı SGK vekilinin bozma ilamında tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmesi karşısında, direnme hükmünü temyizde hukuki yararının bulunup bulunmadığı, ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmede, Yüksek Özel Dairece davalı Kurumun tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş olmasının, davacı işçinin hizmet tespiti davasına konu sigortalı çalışma olgusunu kapsadığını; diğer taraftan hizmet tespiti davası ile davacı işçi sonuç olarak 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

sonucuna yapılan görüşmede oyçokluğuyla varılmış ve ön sorun da bu şekilde aşıldıktan sonra, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı T... 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 olacağına 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 ilişkin 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 neden 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 toplamlarının 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 toplamları ile prim ödeme gün sayılarını sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmalarında saydırma olanağını bulmakta ve anılan belgelerin zamanında verilmesi halinde bulunacağından ayırmsız 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 yöneltmesi 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 şekildedir; 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 dava konusu 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, dava konusu sübjektif hak ( dava hakkı ) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir ( Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, 7.baskı, s.231 ).

O halde, dava konusu şey üzerinde kim veya kimler hak sahibi ise, davayı da bu kişi veya kişilerin açması gerekir. Davayı açabilmek için gerekli sıfat, dava konusu 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 dava konusu 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, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için defî değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 gün ve 2004/4-371 E. 2004/375 K.; 18.04.2007 gün ve 2007/5-233 E., 2007/221 K.; 04.03.2009 gün ve 2009/10-34 E. 2009/104 K.; 04.11.2009 gün ve 2009/2-402 E., 2009/484 K.; 03.02.2010 gün ve 2010/4-4 E., 4 K. 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 İşverenlerinde 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 I/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 üçüncü 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 bölümü 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 İşyerinin 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. Yasanın 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 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." 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.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 2.6.2004 gün ve 2004/21-326 E., 2004/328 K.; 20.12.2006 gün ve 2006/21-796 E., 2006/812 K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir.

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

Davalı T... 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 E... Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'ne verdiği anlaşılmaktadır.

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

506 Sayılı Yasanın ( m.87 ) yüklediği ödevlerden dolayı, alt işveren ( aracı ) ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğu belirtildiğine göre, davalı T... 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 E... 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 T... Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin anılan davada taraf sıfatının ( pasif husumet ehliyetinin ) bulunduğu kabulü ile husumetin bu davalıya yöneltilmesinde de usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur.

Öte yandan, asıl işverenden alınan İş, 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 Yasa 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.

Dosya kapsamına göre; davacının 23.06.2000 tarihinde eski unvanı İ... E. İnşaat Nakliyat Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, yeni unvanı E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davalı işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirdiğinin 22.06.2000 tarihinde Kuruma verildiği, 23.06.2000-22.12.2000 tarihleri arasındaki çalışmasının Kuruma bildirildiği, davacının hizmet tespitini talep ettiği dönemde T... Elektrik Dağıtım A.Ş.'den endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale yoluyla aldığı anlaşılan E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığına bordro tanıklarının beyanları ile kanıtlandığı anlaşılmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 79 ve 87.maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hizmet tespitine konu olan işi ihale ile davalı E... Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T... Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat ( pasif husumet ) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı, yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabulü ile tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesi usul ve yasaya uygundur.

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

**SONUÇ** : Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 21.HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, 10.11.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

**KARŞI OY :**

Yerel mahkeme, davacının 18.02.2000-15.06.2002 döneminde üst işveren T... A.Ş ile alt işveren E... Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti'nde aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığına tesbitine karar vermiştir.

Dairemizce, Davalı SGK ve E... Ltd. Şti.'nin temyiz itirazları reddedilmiş, Hüküm, endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale ile davalı E... Limited Şirketi'ne veren T... Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat ( pasif husumet ) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile oyçokluğu ile bozulmuştur.



HGK. oyçokluğu ile aldığı kararda, üst işverene husumet düşeceğini kabul ederek direnme karar, doğrultusunda karar vermiştir

Uyuşmazlık; Hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı T... A.Ş. hakkındaki davanın sıfatı ( pasif husumet ) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Mahkeme kararı ve Dairemizin bozma kararına karşı yazılan karşı oy gerekçelerinde; 4857 sayılı Yasanın 2. maddesindeki tanımlamalardan yola çıkılarak, "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında" kurulan ilişkiye asıl işveren -alt işveren ilişkisi deneceği, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu olacağı, işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği" hususları vurgulanmıştır.

4857 sayılı İş Yasasının 2. maddesi hizmet akdi ile çalışan davacının bu hizmet akdi dolayısıyla İş Yasasından doğan kıdem tazminatı, ücret alacağı vs. kaynaklı davalarda uygulanacağından bu hükümlerden yola çıkılarak bir sonuca varılamayacağı açıktır.

Davamız, sadece 506 sayılı Yasanın 79. maddesinden kaynaklanan hizmet tesbiti davasıdır. O halde, öncelikle bu davada 506 sayılı yasanın ilgili hükümleri var olduğu hallerde, İş Yasasının uygulama olanağının bulunmadığını kabul etmek gerektiği kuşkusuzdur. Başka bir anlatımla, burada, davaya konu tarihte yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasanın 87. maddesinde yer alan aracı ( alt işveren, taşeron ) tanımından yola çıkmak gerekir. İhtilaf konusu dönemde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasanın 87. maddesinde, " sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsala bile, bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı, bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir" denmektedir.

Sözü edilen 87. maddeyi incelediğimizde; aracı "kendi adına işçi çalıştıran" gerçek veya tüzel kişidir. Hizmet akdinin bir tarafı sigortalı İşçi, diğer tarafı da işveren olan aracıdır. Somut olayda, davacıyı işe alan işverenin, aracı ( alt işveren ) durumunda bulunan E. Ltd. Şti. olduğu açıktır. Bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı aracı ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı aynı madde de vurgulanmıştır. Burada anlaşılması gereken şudur; Kuruma bildirim ödevini aracı yerine getirecek, SGK'na işçinin bildirim yapılmaması veya bildirim yapılmasına kararın sigorta primlerinin ödenmemesi halinde, asıl işveren Kuruma kararın prim borçlarından müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Yasa maddesi sorumluluğu getirmekle birlikte, bildirim yükümlülüğünü asıl işverene ( üst işverene ) yüklememiştir. Aksinin kabulü uygulamada da kargaşaya yol açar.

506 sayılı Yasanın 79. maddesine göre, " İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim

ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlüdür." 506 sayılı Yasanın 80. maddesine göre; "İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek, en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur." Bu madde metinleri bildirim yükümlülüğünü ve primleri keserek ödeme yükümlülüğünü işçinin ücretini ödeyen işverene yüklemiştir. Asıl işveren, alt işverenin sayaç okuma işine hangi işçiyi ne zaman işe aldığını, ne kadar ücret üzerinden sözleşme yaptığını, ne zaman işten çıktığını nereden bilecektir. 506 sayılı Yasa işe giriş bildirgesinin, sigorta primleri bildirgelerinin ve dönem bordrolarının verilmesini işverene yüklemiştir. Bu süreler genellikle çalışmayı izleyen ayın son gününe kadardır. Tek bir bildirgeyi iki yükümlü de mi verecektir? İki davalı aleyhine kesinleşen aynı hizmet sözleşmesi olacaktır. Hükmün infazı nasıl gerçekleşecektir? SGK kesinleşen mahkeme kararı gereğince aracından bildirgeleri düzenlemesini isteyecektir. Sigortalının ücret bordrosu hatta kimlik bilgileri aracının elindedir. Davalı asıl işveren hakkında doğrudan infaz edilmeyecek mükerrer bir hükmün oluşmasında, davacının hangi hukuki yararının söz konusu olduğu izah edilemez.

Sonuç olarak; Hizmet tesbiti davaları doğrudan hizmet akdinin tarafı olan alt işveren ve yasal hasım olan SGK hasım gösterilerek açılmalıdır. Sadece primleri ödemekle müteselsil sorumluluğu bulunan üst işverene husumet düşmemektedir. Üst işverenin primlerden sorumlu olması kendisine husumet yöneltilebileceği şeklinde yorumlandığında başka prim sorumlularına da husumet yöneltilebileceğinin kabulünü gerektirecektir. Örneğin, şirketlerin hatta kamu tüzel kişilerinin 506 sayılı Yasanın 80. maddesine göre primlerden sorumlu üst düzey yöneticileri, 506 sayılı Yasanın 84. maddesine göre primleri hak edişlerden keserek ödemekle yükümlü ihale makamı, limited şirketlerin 6183 sayılı Yasaya göre primlerden hisseleri oranında sorumlu olan ortakları, işyeri devrinde devralan şirket gibi çok sayıda örnekler sayılabilir. Asıl işverenden prim tahsil edilebilmesi için, hizmet tesbiti davasında taraf olması gerekmez. 87. madde gereğince Kurum müteselsil sorumlu olan asıl işverenden her zaman ödenmeyen primleri tıpkı yukarıda sayılan sorumlulardan olduğu gibi tahsil edebilme olanağına sahiptir.

Üst işverene husumetin düşeceği hal sadece, gerçekte üst işverenin hizmet akdinin tarafı olduğu halde, prim sorumluluğundan veya başka sorumluluklardan kaçınmak amacı ile gerçekte alt işveren ( aracı ) olmayan kişinin aracı gibi gösterilerek muvazaalı işlem yapılması halidir.

Ayrıca, somut olayda, davacının hizmeti alt işveren ( aracı ) ve SGK yönünden tesbit edilmiş ve temyiz itirazları Yüksek 21. Hukuk Dairesince reddedilerek hüküm kesinleşmiştir. Davacı, bu ilamı alarak infaz ettirebilir. Mahkemenin direnme kararı vererek, hizmetin üst işveren yönünden ayrıca tesbit etmesinde davacının hukuki yararı da yoktur.

Yukarıdaki gerekçelerle Yüksek Hukuk Genel Kurulunun kararına esas olan Sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.