

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
İNSAN KAYNAKLARI PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE
MUVAZAA**

Ayfer SÖNMEZ

Danışman
Doç. Dr. Serkan ODAMAN

İZMİR
2009

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Asıl İşveren – Alt işveren İlişkinde Muvazaa” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../.....

Ayfer SÖNMEZ

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Ayfer SÖNMEZ
Anabilim Dalı : Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Programı : İnsan Kaynakları
Tez Konusu : Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>	O Tez
gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>	O
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>	O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa

Ayfer SÖNMEZ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı

İnsan Kaynakları Programı

Küreselleşme sürecinin yarattığı etkiler sonucunda işletmeler artık esnek çalışma düzeni ve esnek istihdam biçimlerini tercih etmektedirler. Söz konusu esneklik uygulamaları, “ödünç iş ilişkisi”, “çağrı üzerine çalışma”, “alt işveren ilişkisi” gibi atipik istihdam biçimlerini gündeme getirmiştir. Özellikle 1980’lerden bu yana yaşanan sürekli ekonomik kriz ve değişen personel yönetimi, personelde esneklik gereğini ortaya çıkarmıştır. İşverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine, bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve sürekli istihdam anlayışı, işverenleri bu yönetime iten etkenlerden biri olmuş, hukuki olarak belirtilen bu sebeplerden ayrı olarak İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun getirdiği yükümlülüklerden kaçınma eğilimi, sendikal örgütlenmeye sıcak bakmama, insan gücü sevk ve idaresinin getireceği yoğunluktan kurtulma düşünceleri de gerek alt işverenliğin ortaya çıkmasında gerekse yaygınlaşmasında rol oynamıştır.

Bütün bunları göz önünde bulunduran kanun koyucu, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleme ihtiyacı hissetmiş, 1475 sayılı Kanun döneminde konu yalnızca asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğu noktasından ele alınmış iken, 4857 sayılı Kanun ile alt işveren ilişkisinin tanımlanması ve muvazaalı işçi çalıştırılmasının müeyyideleri de düzenleme konusu olmuştur. Bununla birlikte 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanan “Alt İşverenlik

Yönetmeliği” nin ilgili kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içerdiği düşünülmektedir.

4857 sayılı Kanun ve anılan Yönetmelik ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasının sınırları da çizilmiş ve asıl işveren işçilerinin alt işverence çalıştırılması, asıl işveren yanında çalışmış olan işçi ile alt işveren ilişkisinin kurulması ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi yasaklanmıştır. Bu sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımını da kanunda açıkça düzenlenmiş ve aksi halde alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kabul edileceği ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı belirtilmiştir.

Kanun ve Yönetmelikte sayılan durumların, mutlak bir yasaklama ve muvazaa halini mi yoksa somut durumla birlikte değerlendirilmesi gereken bir muvazaa karinesi mi olduğu doktrinde tartışmalı olup, ayrıca yasal düzenlemedeki muvazaa kavramını da teknik anlamı ile örtüşmemesi bakımından eleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Asıl işveren, Alt işveren, Muvazaa

ABSTRACT

Master Thesis

Simulation on Actual Employer – Subcontractor Relation

Ayfer SÖNMEZ

Dokuz Eylül University

Institute of Social Sciences

Department of Labor Economics and Industrial Relations

Human Resources Program

As a result of the effects of the globalization process that is put forward, the organizations from now, prefers flexible working arrangement and model of flexible employment. These flexible practices brought out atypical employment forms like “temporary agency work”, “work on call” and “subcontracting relations”. Economic crises and altering personnel management, especially experienced since 1980’s, revealed the necessity of flexibility on staff. Like the preferences of employers to take the other specialized enterprises’ services rather than personnel employment on their own at the areas which need to have specialization, the understanding of decrease in manpower costs or problem-free and perpetual employment have been only a few reasons make the employers motivate to choose this method. Apart from these legal reasons; the tendency to avoid the obligations arising from The Labour and Social Security Law, keeping away from trade union organization, the idea to throw the workload of manpower administration off have played a part both the appearance and expansion of the subcontracting.

The legislator, taking into account all these facts, had felt the necessity to arrange the relationship between actual employer and subcontractor; while the topic was considered as “the joint liability of employer and subcontractor” in the period of Law No. 1475, the definition of subcontractor relationship and the sanctions of simulated employment was formulated by the Law No. 4857. All the

same, “Regulations of Subcontracting” published in Official Journal with 27010 point on 27th, September 2008, to involve arbitrations in concerned with laws and Constitution.

Also, the restrictions of the establishment of the actual employer - subcontractor relationship have been defined by the Law No. 4857 and foregoing Regulations, and making the workers of the actual employer work for subcontractor, having subcontractor relationship with the worker who worked for the employer, giving a division of the principal work to subcontractor have been forbidden. The sanction of breaching those restrictions have been arranged briefly in the Law No. 4857, and in case of a breach it is stated that the subcontractor relationship will be named as “simulation” and “the employee of the subcontractor will be acknowledged as ‘actual employer’s employee’ from the beginning.

It is controversial in the doctrine if the particular circumstances stated in the Law No. 4857 and Regulations are an absolute prohibition and simulation or an irrebutable presumption, furthermore, the simulation concept in the statutory provisions has been criticised for not being convenient to technical meaning.

Key Words: Actual Employer, Subcontractor, Simulation

ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

YEMİN METNİ	ii
TUTANAK	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN KAVRAMLARI VE TÜRKİYE’DE ALT İŞVEREN UYGULAMALARI

I. ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN KAVRAMLARI	3
A. ASIL İŞVEREN KAVRAMI	5
1. İş Hukuku Açısından İşveren	6
2. Sendikalar Hukuku Açısından İşveren	7
3. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Açısından İşveren	9
4. Somut – Soyut İşveren	9
B. ALT İŞVEREN KAVRAMI	11
1. Uluslararası Kuruluşların Alt İşveren Tanımları	11
a. ILO’ ya Göre Alt İşveren	11

b. UNIDO' ya Göre Alt İşveren	13
c. UNCTAD' a Göre Alt İşveren	14
2. Türk İş Hukuku Açısından Alt İşveren	14
II. TÜRKİYE'DE ALT İşVEREN UYGULAMALARI	17
A. TARİHSEL GELİşİM	21
B. ALT İşVEREN UYGULAMASINA NEDEN OLAN FAKTÖRLER	23
1. Üretim Sürecindeki Değişim	24
2. KOBİ' ler ve Alt İşverenlerin Artışı	25

İKİNCİ BÖLÜM

ASIL İşVEREN – ALT İşVEREN İLİşKİSİ

VE MÜTESELSİL SORUMLULUK

I. ASIL İşVEREN – ALT İşVEREN İLİşKİSİNİN UNSURLARI	28
A. İşİN “İşVEREN” SIFATINI TAşIYAN BAşKA BİR İşVERENDEN (ASIL İşVEREN) ALINMIş OLMASI	28
B. ALT İşVERENİN KENDİSİNİN DE İşÇİ ÇALIşTIRAN BİR “İşVEREN” OLMASI	30

C. İŞİN İŞYERİNDE YÜRÜTÜLEN MAL VEYA HİZMET ÜRETİMİNE İLİŞKİN YARDIMCI İŞLERDE VEYA ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE, İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE UZMANLIK GEREKTİREN İŞLERDE OLMASI	32
1. İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yürüttüğü Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerde Olması	35
2. İşin Asıl İşin Bir Bölümünde, İşletmenin veya İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerde Olması	37
D. İŞİN ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDE YAPILMIŞ OLMASI	44
E. ALT İŞVERENİN DAHA ÖNCE O İŞYERİNDE ÇALIŞAN BİR İŞÇİ OLMAMASI	46
F. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN SADECE O İŞYERİNDE ÇALIŞIYOR OLMASI	47
II. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN BİLDİRİMİ	51
III. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ	52
IV. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN BENZER İLİŞKİLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI	53
A. TAKIM SÖZLEŞMELERİ İLE	54
B. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİLERİ İLE	55
C. İŞ ARACILIĞI İLE	57
D. İŞÇİ VE İŞVEREN VEKİLİ İLE	57

V. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK	58
A. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ	59
B. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI VE KAPSAMI	62
1. İŞ Kanunu' ndan Doğan Yüklümlülükler	63
2. İŞ Sözleşmesi'nden Doğan Yüklümlülükler	65
3. Alt İŐvereninin Taraf Olduğu Toplu İŞ Sözleşmesi'nden Doğan Yüklümlülükleri	65
C. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI	67
1. İŞçi Açısından	67
2. Alt İŞveren Açısından	71

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN

MUVAZAA YA DAYANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. MUVAZAA KAVRAMI

A. TANIMI 73

B. UNSURLARI 73

1. Görünürdeki İşlem 74

2. Muvazaa Anlaşması 74

3. Gizli İşlem 75

4. Üçüncü Kişileri Aldatma Amacı 75

C. TÜRLERİ 76

1. Mutlak Muvazaa 76

2. Nisbi Muvazaa 76

D. HÜKÜM VE SONUÇLARI 77

1. Görünürdeki Muvazaalı İşlemin Geçersizliği 77

2. Gizli İşlemin Hüküm ve Sonuçları 78

E. İSPATI	79
1. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Muvazaayı İspatı	79
2. Üçüncü Kişiler Tarafından Muvazaanın İspatı	79
II. İŞ HUKUKU AÇISINDAN ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAANIN TESPİTİ VE HUKUKİ SORUMLULUK	80
A. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN MUVAZAALI OLDUĞUNUN TESPİTİ	81
1. Alt İşverenin Kendi İşyerini ve Alt İşveren İlişkisini Bölge Müdürlüğüne Bildirmesi	85
2. Alt İşverenin İşyerine Ait Belgelerin İş Müfettişlerince İncelenmesi	88
3. Muvazaalı İşlem Bulunduğunun Tespiti Halinde Gerekçeli Müfettiş Raporunun İşverenlere Tebliğ Edilmesi	90
4. İşverenlerin Altı İş Günü İçinde, Yetkili İş Mahkemesinde İtiraz Etmemesi Veya Yapılan İtirazın Reddi	91
B. İŞ MÜFETTİŞİ RAPORUNA KARŞI İŞ MAHKEMESİNE BAŞVURMA	93
1. İtirazın Hukuki Niteliği	93
2. Dava Açma Süresi	94
3. Davanın Tarafları	95

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme	96
5. Yargılama ve Karar	97
III. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNE YÖNELİK YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	98
SONUÇ	104
KAYNAKLAR	108

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
Ayr.	Ayrıntı
B.K.	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
ÇEİS	Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası
ÇSGB	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
E.	Esas
EBSO	Ege Bölgesi Sanayi Odası
f.	Fıkra
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü
İHD	İş ve Hukuk Dergisi
İş K.	İş Kanunu
K.	Karar
KİPLAS	Türkiye Kimya, Petrol, Lastik ve Plastik Sanayii İşverenleri Sendikası
KOBİ	Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletme
md.	Madde
MESS	Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
OECD	Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma örgütü
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
Sen. K.	Sendikalar Kanunu
SSGSSK	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSK	Sosyal Sigortalar Kanunu
T.	Tarih

TİSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TİSK	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTŞÇVCSİS	Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası
TÜHİS	Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
UNIDO	Birleşmiş Milletler Endüstriyel Gelişme Örgütü
Yarg.	Yargıtay
... HD.	... Hukuk Dairesi

GİRİŞ

Küresel dünyada değişen iş koşulları ve gelişen teknoloji, her geçen gün ihtiyaçların değişmesine ve bunun sonucunda yeni ve esnek çalışma türleri ile istihdam biçimlerinin ortaya çıkmasına, dolayısıyla yeni iş fırsatlarının doğmasına neden olmaktadır. Özellikle üretim ve hizmet sektörünün gelişmesi sonucu işverenler kaliteli ve seri üretim yapabilmek veya hizmet sunabilmek için, temel faaliyet konuları dışındaki işleri uzman kuruluşlara aktarmakta ve bu şekilde etkin bir maliyet ve zaman tasarrufu elde edilmektedir. Bu da işverenlerin, tüm enerjilerini kendi üretim veya hizmetlerinin esasını oluşturan konulara yönelterek, iş verimliliğini en üst seviyelere çıkarmasını sağlamaktadır. İşletmelerin esas kuruluş amaçlarının kar elde etmek olduğu göz önüne alındığında, üretim veya hizmet maliyetlerinin bu amaca ulaşmada önemli bir rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda, işletmelerin asıl işlerini oluşturan üretim veya hizmetlerine yönelik yapacakları her bir yatırım (makine, hizmet, istihdam vb), onların piyasalardaki rekabet edilebilirliklerini arttıracak, ancak bunun yanında yapacakları her bir yatırım da onlara artı birer maliyet olarak geri dönecektir.

Rekabet edilebilirliği artırma ve küresel piyasalarda kendine yer edinebilme adına, ortaya çıkan esneklik uygulamalarından yararlanmaları işletmelerin yararına bir durum olmaktadır. Esnek çalışma biçimlerinden biri olan ve çalışma konumuzun temelini oluşturan alt işverenlik uygulamaları da işverenlere daha düşük maliyetler, ileri teknoloji, işinde uzman işgücü sayesinde rekabet üstünlüğü sağlamaktadır. Özellikle 1980' lerden bu yana uygulanan "Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi", özellikle son yıllarda yukarıda bahsedilen ihtiyaçlar doğrultusunda değişikliğe uğramıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesi hükmüne dayanarak hazırlanan ve 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanan "Alt İşverenlik Yönetmeliği" nin, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulmasının usul ve esaslarının yeniden düzenlenmesi amacıyla çıkarıldığı gerekçesini içermekle birlikte, özünde alt

işveren ilişkisinin kurulmasının adeta imkansız hale getirilmesini amaçladığı görülmektedir. Yapılan düzenlemeler ile, asıl işverenlerin, ihtiyaç duydukları teknolojileri kullanma imkanı verilmesi, işyerlerinde mal veya hizmet üretiminin ihtiyaç duyabileceği şartların oluşturulması ve bu sayede rekabet güçlerinin artırılması amaçlanırken, diğer yandan da alt işveren uygulamasının kötüye kullanılmasının önüne geçmek için bazı sınırlamalar getirilmiştir. Çalışmanın içerisinde ayrıntılarına yer verilecek olan hukuka aykırılıklardan dolayı Yönetmelik, işverenlerin kriz ortamı içerisinde yararlanabilecekleri önemli bir imkan olan alt işverenlik müessesesini zorlaştırmakta ve kamu yönetimine sınırı belirsiz şekilde kullanılacak geniş yetkiler vermektedir.

Yapılan bu çalışmada, araştırma konusu olan, “Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa”; 4857 sayılı İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği’ nin tartışılan ve eleştirilen yönleri, 1475 sayılı İş Kanunu ile karşılaştırması, uygulamada yaşanan problemler, işçi ve işveren taraflarının sorunları ve Yargıtay’ ın konu hakkındaki içtihatları çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bu bağlamda çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde konunun esas özneleri olan asıl işveren ve alt işveren kavramları farklı hukuk dalları ve kuruluşlar açısından ele alınarak, ülkemizdeki alt işveren uygulamaları ortaya konacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulmasında gerekli olan unsurlar ele alınarak, geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinde birlikte sorumlulukların neler olduğu üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması, muvazaanın yorumu ve hukuki sonuçları Yargıtay kararları ışığında tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN KAVRAMLARI VE

TÜRKİYE’DE ALT İŞVEREN UYGULAMALARI

I. ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN KAVRAMLARI

4857 sayılı İş Kanunu (İş K.), asıl işveren ve alt işveren kavramlarını tanımlamamış, sadece aralarındaki ilişkinin tanımı yapılmaktadır. Zira bu kavramlar birbirine bağımlı kavramlar olduklarından birbirinden bağımsız olarak incelemek oldukça zordur. Çünkü bir işveren üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş olsa bile, diğer işveren için gerekli olan koşullardan biri veya birkaçı oluşmamış ise; her iki işveren arasında asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulamayacağından ve ne asıl işverenin ne de alt işverenin varlığından söz etmek mümkündür¹. Yargıtay ve doktrinin tanımlamaları ise, asıl işveren – alt işveren ilişkisi tanımının ortaya koyduğu esaslar doğrultusunda olmaktadır.

İş K. açısından durum böyle iken 15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı Yasa², kamuoyuna “İstihdamı Teşvik Paketi” olarak tanıtıldı. Ancak, söz konusu yasanın içerisine, istihdamı teşvik konusunu doğrudan ilgilendirmeyen, bir alt işveren düzenlemesi yerleştirilmiştir ve başlangıçta çok az kişi bunun farkına varmıştır³. İstihdam Paketi ile getirilen Alt İşveren Yönetmeliği⁴, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş K. nun 3 üncü maddesi hükmüne dayanılarak hazırlanmış ve İş K. kapsamında asıl

¹ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU; **İş Hukuku**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 137.

² RG. T. 26.5.2008, No:26887. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 05.03.2009, 11:00)

³ Tankut CENTEL; “**Alt İşverenlik Yönetmeliği**”, TİSK İşveren Dergisi, S: Kasım-2008. (Erişim: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2212&id=105, 25.06.2009, 17:05)

⁴ **Alt İşverenlik Yönetmeliği**; RG. T. 27.09.2008 No:27010. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 05.03.2009, 11:20)

işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları düzenlemektir⁵.

Alt İşveren Yönetmeliğinin çıkarılmasının özellikle üç nedeni bulunmaktadır⁶:

- Son zamanlarda Tuzla Tersanesi' ndeki iş kazalarının sonucu yaşanan ölümler,
- Taşeronun taşeronu dönemi,
- İşçi haklarının korunması.

İş yaşamına yönelik olarak hukuk sistemimizde yapılan düzenlemelerle özellikle işçi haklarının ve işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunması amaçlanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere Alt İşverenlik Yönetmeliğinin çıkarılmasının da çeşitli nedenleri mevcuttur. Yönetmeliğin çıkarılma nedenlerinin başında, Tuzla Tersanesinde 2008 yılında yaşanan iş kazaları sonucu meydana gelen ölümler gelmektedir. 2007 yılının son çeyreğinden itibaren yaklaşık 7 ayda 13 kişi iş kazası sonucu hayatını kaybetmiş ve kötü kullanılmaya başlanılan alt işverenlik müessesine yönelik önlemler hızlandırılmıştır. İstihdam olanağının sağlanması nedeniyle devletin de denetim sırasında gördüğü bazı hatalara zaman zaman göz yumması sonucu alt işverenlik müessesesinin bazı kişiler tarafından son zamanlarda iyice kötüye kullanılmaya başlanması, işçilerin haklarının ödenmemesi ve hiç bir iş sağlığı ve güvenliği önleminin alınmaması gibi aykırılıkların artması sonucu devlet, kural koyucu bir güç olarak tekrar müdahale etme yoluna gitmiş ve Alt İşverenlik Yönetmeliğini çıkarmıştır.

Alt işverenlik ilişkisinin yönetmelik çıkarılmadan önce kötü niyetli olarak da kullanıldığı açıkça görülmektedir. Örneğin, 3 vardiya olarak çalışan işletmelerde 2 vardiyada asıl işveren işçisi gece vardiyasında ise alt işveren işçisi çalıştırılması ya da vardiyalarda farklı farklı alt işveren işçilerinin çalıştırılması, hatta aynı makinede alt işveren işçisi ile birlikte asıl işveren işçisinin de çalıştırılması çoğu işletmede

⁵ Alt İşverenlik Yönetmeliği; md. 1-2.

⁶ Serkan ODAMAN; “**Alt – Asıl İşveren**”, EBSO Semineri, 30.09.2009.

görülmektedir. Aynı ortamda, aynı makinede aynı işi yapan işçilerin farklı işverenlerin elemanları olmaları nedeniyle farklı uygulamalara maruz kalmalarını önlemek amacı da yönetmeliğin çıkarılmasını hızlandıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çıkarılan yönetmelik yaşanan tüm bu olumsuzlukları bertaraf etmese de olumsuz etkileri azaltıcı yönde, yapılması öngörülen uygulamalar sayesinde önemli adımlar atılmıştır. Çalışmanın içeriğinde görüleceği üzere, yönetmelikte bazı eksik ve tartışmalı hususlar bulunmakla birlikte, alt işverenliğin tescili, bildirimi ve yazılı sözleşme yapılması, bunun içeriğinin belirlenmiş olması gibi hükümlerle alt işverenlik müessesesinin önemi vurgulanmıştır.

Doğru ve yerinde yapılmış olan alt işveren uygulamaları, işletmelere maliyetlerini azaltmada, teknolojik donanımına sahip olmada, nitelikli işgücü istihdam etmede önemli avantajlar sağlaması bakımından önemlidir. Çünkü alt işverenliğin diğer bir alternatifi fason üretimdir, ve fason üretim de kalitesiz işgücü ile asgari ücretin altında ve sigortasız işçi çalıştırmak demektir. Alt işverenlik ilişkisi kurulan en kötü taşeronda bile, yeni düzenlemeler sonucunda belli kayıtların olacağı, asgari ücretle ve sigorta zorunluluğunun olacağı unutulmamalıdır.

A. ASIL İŞVEREN KAVRAMI

Farklı hukuk dalları açısından işveren kavramı, kullanıldığı alanlara göre farklı anlamlar içerebilmektedir. Bu nedenden dolayıdır ki literatürde bu önemli kavram ile ilgili olarak çeşitli kanun türleri açısından birden fazla tanıma rastlamak mümkündür. Yapılan tüm tanımlamalarda “işveren” kavramı üzerine durulmakta, “asıl işveren” kavramı ise tüm bu tanımlamalardan yola çıkılarak, alt işveren ile kurulan ilişkide önem arz eden daha geniş kapsamlı bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda öncelikle işveren tanımlamalarına yer verilecek, ardından asıl işveren kavramının temel unsurları ortaya konulacaktır.

1. İş Hukuku Açısından İşveren

İşletmeler geleneksel olarak, belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan kendi işçileri, teknolojileri ve organizasyonlarıyla mal veya hizmet üretimini gerçekleştirir, çok sınırlı bir biçimde uzmanlık gerektiren işleri ve asıl işe yardımcı işleri taşeron ya da alt işveren olarak nitelendirilen başka işverenlere yaptırırlar. İş Hukuku anlamında işveren kavramı da, kendi organizasyonu ve kendisinin istihdam ettiği işçilerle üretimi gerçekleştiren kimse olarak tanımlanır. Aynı üretim süreci ve organizasyonu içinde istihdam edilen işçilerin de tek bir işvereni bulunur⁷.

İşveren işçiyle birlikte iş hukukunun iki temel öznesinden biridir. Nitekim İş K. ilk olarak “işçi” ve “işveren” kavramlarını düzenleme yoluna gitmiştir. Bunu yaparken, iş hukukunun varlık nedeni yani “işçiyi koruma ilkesi” dikkate alınmış ve öncelikle “işçi”, “işçi” tanımından hareketle daha sonra “işveren” tarif edilmiştir⁸. 4857 sayılı İş K. nun ikinci maddesine (md.) göre işçi, işveren ve iş ilişkisi şu şekilde tanımlanmıştır⁹: “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye **işçi**, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara **işveren** denir.” Bu anlamda işverenin “tüzel kişi” olabileceğinin vurgulanması yanında “tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların” da tanıma dâhil edilmesi yerinde ve uygun

⁷ Ali GÜZEL – “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2004, Sayı:1, s. 2.

(Erişim: http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/ali_guzel_alt_isveren.pdf 20.05.2009 11:34)

⁸ Serkan ODAMAN; **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyi Niyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, 2003, s. 3.

⁹ Fevzi DEMİR; **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 3. Baskı, Anadolu Matbaası, İzmir, Eylül 2003, s. 10. ; MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 128. ; İSTANBUL TİCARET ODASI, **Yeni İş Yasası Semineri**, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:2004-31, İstanbul, 2004, s. 19. ; Kenan TUNÇOMAĞ, Tankut CENTEL; **İş Hukukunun Esasları**, 3. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Kasım 2003, s. 54.; Müjdat ŞAKAR; **İş Hukuku Uygulaması - El Kitabı**, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2003, s. 49. ; Mehmet UÇUM, Ramazan ÇAKMAKCI; **Gerekçeli – Atıflı – Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri İle Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat**, Legal Yayınları, İstanbul, Temmuz – 2003, s. 26. ; Savaş TAŞKENT; **Açıklamalı – İctihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler**, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s. 19. ; Mehmet UÇUM; **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Eylül – 2003, s. 20. ; Cevdet İlhan GÜNAY; **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 62. ; Öner EYRENCİ, Savaş TAŞKENT, Devrim ULUCAN; **Bireysel İş Hukuku**, İkinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart – 2005, s. 34. ; Remzi ÖZMEN; **İş Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 18. ; Cevdet İlhan GÜNAY; **Şerhli İş Kanunu**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos – 2004, s. 29. ; Mustafa KILIÇOĞLU; **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 13.

olmuştur¹⁰. Çünkü işveren, bir gerçek kişi olabileceği gibi; bir tüzel kişi (şirket, sendika, dernek, vakıf, kooperatif) yahut tüzel kişiliği olmayan kurum, kuruluş da (adi ortaklık, şirketler birliği) olabilir¹¹.

Deniz İş K.'da işveren tanımı, 4857 sayılı İş K. da belirtilenin aksine, işçi kavramı esas alınmaksızın (md. 2/A' ya göre işveren, "Gemi sahibine veya kendisine ait olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimseye ... denir") yapılır ve Ticaret Hukukunun "tacir"ini anımsatır. Bu kanuna göre işveren sıfatının kazanılması bakımından geminin salt maliki olmak yetmez, malik olsun veya olmasın gemiyi işleten kişi işveren sıfatını taşır¹².

5953 sayılı Basın İş Kanununda ise bir işveren tanımı yapılmamakla birlikte 1. ve 3. m. den bu Kanun kapsamına girecek nitelikte bir işyerini işletmekte olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanım yapılabilir¹³.

2. Sendikalar Hukuku Açısından İşveren

2821 sayılı Sendikalar Kanunu (Sen. K.) , işveren kavramını çok daha geniş kapsamlı tanımlamıştır. Buna göre; "işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına işveren denir." (Sen. K. md. 2/4). " Bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da bu kanun bakımından işveren sayılırlar" (Sen. K. md. 2/5). Üstelik "işveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütünü sevk ve idareye yetkili olan işveren vekilleri" de "bu kanun bakımından işveren sayılmışlardır" (Sen. K. md. 2/6,7).

¹⁰ DEMİR; s. 10.

¹¹ İSTANBUL TİCARET ODASI; s. 19.

¹² K Ahmet SEVİMLİ; **İş Hukukunda Kaptan**, Türkiye Denizciler Sendikası Yayını, İstanbul, 2001, s. 27.

¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 129.

Kanun hükümlerinden hareketle; İşçi çalıştıran;

- Gerçek kişiler
- Tüzel kişiler
- Tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları
- Adi şirkette emeğini koyarak ortak olanlar dışındaki (sermaye koyan) ortaklar
- İşletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olan işveren vekilleri

Sen. K. anlamında “işveren” sayılırlar.

Unutulmamalıdır ki “işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olan” işveren vekilleri (genel müdürler) de esas itibariyle asıl işverenle yaptıkları bir iş sözleşmesine dayanarak çalışırlar ve bu anlamda İş K. hükümlerine tabi “işçi” sayılırlar. Nitekim Yargıtay da bir kararında, işyerini yönetmekle görevli genel müdür ile işveren arasındaki ilişkinin “hizmet akdi” olduğuna, “vekalet akdi” sayılmayacağına karar vermiştir¹⁴. Ancak Sen. K., bu kişilerin buldukları pozisyon itibariyle işverene daha yakın olduklarını göz önünde tutarak kendilerini “işveren” saymış; bu nedenle kendilerine, “işçi sendikası” kurucusu, yöneticisi, temsilcisi, üyesi olmak yasaklanmıştır (Sen. K. md. 3,5,14,/16,20,34,38).

Yapılan bu tanımlarda 4857 sayılı İş K. dan farklı olarak “tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” ın tümünü değil, “tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları” nı işveren tanımına dahil etmiştir. Dolayısıyla aynı durum özel hukuk alanında da söz konusu olabileceğinden (örneğin adi ortaklıklar gibi), kamu ve özel kesim ayrımı yapılmaksızın işçi sayılan gerçek kişileri çalıştıran, ancak tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların “işveren” sayılacakları hükme bağlanmıştır¹⁵. Yine bu madde gerekçesinde, işveren ve işveren vekilliği tanımlarının kapsamına tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının alındığı ifadesi ile yetinilirken, öğretiyeye göre bununla, kamu

¹⁴ DEMİR; s. 11.

¹⁵ ÖZMEN; s. 20. ; UÇUM; s. 20. ; UÇUM, ÇAKMAKCI; s. 27.

kesiminde işveren sayılanların sayılarının arttırılmasıyla kamu işveren sendikalarının kurulmasına bir kolaylık sağlamak amaçlanmıştır¹⁶.

3. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Açısından İşveren

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK), “işyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse”yi, bu Kanun uygulaması bakımından işveren saymaktadır (TİSGLK, md. 62/2). Bu tanım, Sen. K. da verilen “işveren” tanımını kapsamına aldığı gibi, onu aşan bir anlama da sahiptir. Çünkü işletmede “Endüstriyel İlişkiler Koordinatörü” veya “İnsan Kaynakları Müdürü” olarak çalışan bordrolu bir işçinin toplu sözleşme görüşmelerine uzman işveren temsilcisi olarak katılması, “işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili” (genel müdür) olmasa bile, onu bu Kanun anlamında “işveren” yapmaya yetecek, dolayısıyla imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır (TİSGLK, md. 62/2)¹⁷.

4. Somut – Soyut İşveren

İş sözleşmesi, *ücret* ve buna karşılık *iş görme* unsurları yanında *bağımlılık* unsurunu da içinde barındıran bir sözleşmedir (İş K. md. 8/1). İşçinin işverene *kişisel bağımlılığı*, işverenin iş ilişkisi içinde *yönetim hakkına* sahip bulunması, işçinin de onun direktif ve talimatlarına *uyma* yükümlülüğünün varlığı biçiminde ortaya çıkar¹⁸.

Buna göre işveren, işçiden sözleşmede kararlaştırılan işin görülmesini isteme hakkına ve en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip kişidir. Bu hak ve yetki, çoğunlukla aynı kişide toplanmıştır. Ancak, tüzel kişilerde işin görülmesini isteme hakkı ile talimat verme yetkisi genellikle farklı kişilerde toplanmıştır. Gerçekten de iş sözleşmesinin tarafı olan tüzel kişi (örneğin anonim şirket) iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini isteme hakkının sahibidir. Buna karşılık yönetim hakkı ve talimat

¹⁶ Fevzi ŞAHLANAN; **Sendikalar Hukuku**, İstanbul, 1995, s. 160.

¹⁷ DEMİR; s. 11.

¹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 131; İSTANBUL TİCARET ODASI; s. 20; KILIÇOĞLU; s. 14.

ve emir verme yetkisi ise tüzel kişiliğin yapısı gereği tüzel kişinin organı (örneğin yönetim kurulu) tarafından kullanılır. Öğretide bu ikilik *soyut işveren – somut işveren* kavramları ile ifade edilmekte; tüzel kişi işveren, *soyut işveren*; tüzel kişinin organı ise *somut işveren* olarak adlandırılmaktadır. Belirtilmelidir ki, organlar tüzel kişinin temsilcisi olmayıp, bizzat tüzel kişinin kendisi sayıldıklarından, bunlar organ sıfatı ile işverendirler¹⁹.

Görüldüğü üzere gerek yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş K. da, gerekse daha önceki İş K. ile Sen. K. ile TİSGLK da “işveren” kavramı farklı biçimlerde tanımlanmış, ancak “Asıl işveren” kavramı, açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Kavramın açık olarak ifade edildiği Alt İşveren Yönetmeliği’ ne bakıldığında ise şu tanımlama ile karşılaşılmaktadır: “Asıl işveren; İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade eder”.

Yapılan bu tanımlama doğrultusunda, asıl işverenin taşıması gereken sıfatlar²⁰;

- İşçi istihdam etmesi,
- Kendisine ait işyerinde işlerini yürütmesi,
- Alt işverene verilecek işin, asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde olmasıdır.

Sayılan bu unsurlar ileride Asıl İşveren – Alt işveren İlişkisi konusu ele alındığında detaylı olarak açıklanacaktır.

¹⁹ İSTANBUL TİCARET ODASI; s. 20.

²⁰ Cevdet İlhan GÜNAY; “**Yargıtay Kararları Açısından Alt işveren Sorunlarının Değerlendirilmesi: Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06.05.2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004, s. 32.

B. ALT İŞVEREN KAVRAMI

Alt işveren kavramı dahil olduğu hukuksal sınıf açısından, işveren kavramından esasında farklı değildir. İşveren kavramı için söylenebilecek her şey, alt işveren kavramı için de geçerli olabilecektir. Çünkü esasen alt işveren de, çalıştırdığı işçiler açısından bir işverendir²¹. Alt işveren, bir işyerindeki mal ya da hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Çünkü, işveren kendi işyerinde kendi işçileri ile gerçekleştireceği ve yarar sağlayacağı bir üretimi başka bir işveren ve onun işçileri aracılığı ile sonuçlandırmaktadır. Üretim, asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirilmekle birlikte, burası alt işverenin ayrı bir işyeri olmakta ve asıl işverenle herhangi bir hukuki ilişki içinde olmayan bu ikinci işverenin işçileri tarafından yerine getirilmektedir. Asıl işin sahibi, bir anlamda, dışarıdaki bir işveren aracılığı ile ürettiği mal veya hizmetten kazanç elde etmektedir. Bu nedenle, alt işveren aracılığıyla üretimi gerçekleştirme, İş Hukuku kuralları tarafından yasaklanmamakla birlikte, bir istisna gibi algılanmaktadır. Çünkü, İş Hukukunda asıl olan, işverenin kendi işyerinde, kendi işçileri ile üretim yapmasıdır²².

1. Uluslararası Kuruluşların Alt İşveren Tanımları

a. ILO' ya Göre Alt İşveren

Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization) – ILO, genelde alt işverenliği kullanış amacına göre iki farklı şekilde değerlendirmektedir. ILO' ya göre alt işverenlik, enformel sektörün formelleştirilmesi amacıyla, formel – büyük işletmeler

²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 136,

²² Talat CANBOLAT; **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 38; Savaş TAŞKENT; “**Alt İşveren**”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, C:1, S:2, İstanbul 2004, s. 363; Fevzi DEMİR; “**Yeni İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri**”, Mercek Dergisi, Temmuz, 2003, s. 89; M. Z. ERDOĞAN; “**Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı**”, Kamu-İş Yayınları, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C:7, S:3, 2004, s. 385; ÇELİK; s. 48.

ile, enformel – küçük işletmeler arasında tamamlayıcı bir ticari ilişki şekli olarak gözükmektedir²³.

ILO, yayınladığı Kenya Raporunda, gelişmekte olan ülkelerde temel sorunun işsizlik değil, fakat çok sayıda insanın kötü koşullarda çalışması olduğu sonucuna varmıştır. Rapora göre, enformel sektör olarak adlandırılan bu kesimde faaliyet gösteren işyerleri ve çalışanlar kayıtlı değildir, kamu makamları tarafından bu kesime yönelik yasal düzenlemeler yapılmamıştır. Bu nedenle, belirli bir enformel sektör faaliyetlerine biraz destek ve yasal koruma sağlanırsa, bunlar daha çok ve daha güvenceli istihdam potansiyeline sahip olabilirler²⁴.

Raporda, kentsel kesimlerde taşeronluğun yaygınlaştırılması ile hükümetlerin özellikle ihale ve teklif sistemlerini geliştirerek, istihdamı arttırabileceği ve enformel sektörün formelleştirilebileceğini ileri sürmüştür. Bu anlamda alt işverenliğin geliştirilmesi, küçük işletmeler açısından özel bir öneme sahiptir. ILO, 1993 yılında Genel Kurul’ da aldığı bir Tavsiye Kararı’ nda; “belirli süreli sözleşmeleri, geçici çalışmayı, kısmi çalışmayı, esnek zamanlı ya da çağrı üzerine çalışmayı²⁵, işçilerin alt işveren işçisi olmaya teşvik edilmesini, işyeri içerisinde ve dışında alt işveren kullanılmasının artmasını değerlendirmiş ve bu istihdam biçimlerinin sürekli işlerden çok daha hızlı arttığını vurgulamıştır²⁶.

ILO tarafından 1949 yılında kabul edilen “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılacak Mukavelelere Konulacak Çalışma Koşullarına İlişkin 94 Sayılı Sözleşme”de kamu makamları tarafından yaptırılan bayındırlık işlerinde, malzeme ve teçhizatın imali, takılması, işlenmesi ya da naklinde, ayrıca hizmet işlerinde, ihale sözleşmelerine konulacak ücret ve çalışma koşullarının nasıl saptanacağı düzenlenmiştir. Sözleşme, esas itibariyle müteahhit ve taşeronların kamu makamlarından ihale yoluyla aldıkları işlere

²³ Nusret EKİN; **Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2002-34, İstanbul, 2002, s. 91.

²⁴ Sabahattin ŞEN; “**Taşeronluk (Alt İşverenlik) Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi**”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:14, S:4-5, Kasım-1997 – Şubat-1998, s. 8.

²⁵ Ayr. için bkz. DEMİR; s. 28 – 41.

²⁶ EKİN; s. 92.

uygulanmak üzere hükümler getirmektedir. Bu hükümler, ücret tespitinde belirli düzeyin altına inilmemesi, ücretin ödenmesinin sağlanması, iş süreleri ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesi, sağlık ve güvenlik önlemleri ile sakat ve eski hükümlü çalıştırmaya yöneliktir. Sözleşmeyi kabul eden ülkeler açısından, kendi iç mevzuatlarını bu sözleşme yönünde düzenlemeleri gerekli kılınmıştır²⁷.

Ülkemiz tarafından 94 Sayılı Sözleşme, 14.12.1960 tarihli yasa ile onaylanmış ve bu yasa 21.12.1960 gün ve 10686 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. ILO, Türkiye’ nin bu Sözleşmeye uymamasından dolayı çok kere eleştirilerde bulunmuştur. Bu eleştiriler karşısında bazı Kararnameler çıkarılmış ve uygulamaya konmuştur. Daha önce 3008 sayılı İş K. da yer almayan 94 sayılı ILO Sözleşmesi ile ilgili hükümler, 931 sayılı ve 1475 sayılı İş K da yapılan düzenlemeler yoluyla İş Hukukumuzda girmiştir²⁸.

b. UNIDO’ ya Göre Alt İşveren

Birleşmiş Milletler Endüstriyel Gelişme Örgütü (United Nations Industrial Development Organization) – UNIDO, özellikle son yıllarda endüstriyel gelişmede stratejik bir faktör olarak alt işveren konusuyla yakından ilgilenmiş ve bu konuda çok sayıda yayın ve araştırma yapmıştır. Bu araştırmalar ve tartışmalar sonucunda UNIDO, alt işverenlik konusunda şu tanıma ulaşmıştır: “Taşeronluk ilişkisi, bir şirketin (sözleşme yapan / contractor) bir başka şirkete (alt işveren / subcontractor), parçaların alt montajı ya da montajını, kendisi tarafından satılacak üründe kullanılmak üzere siparişinin verilmesidir. Böyle bir sipariş, sözleşme yapanın isteğine göre parçaların ya da malzemelerin işlenmesini, dönüşüme uğratılmasını ya da nihai işleme tabi tutulmasını gerektirebilir. Kuşkusuz UNIDO’ nun bu tanımlamasına karşın, AB’ nin çok sayıda değişik ülkesinde farklı asıl işveren – alt işveren ilişkisi mevcuttur. Basit anlamda ele alındığı zaman, UNIDO burada alt işverenliği, çok sayıda parçası bulunan bir ürünü üreten ya da montajını yapan bir firmanın, bir başka firma ile üretim programının belirli

²⁷ EKİN; s.93.

²⁸ EKİN; s.94.

bir kısmını yapması için taraflar arasında imzalanan bir sözleşme anlamına kullanılmaktadır. Yani üretim taşeronluğunu, diğer bir deyişle sanayi taşeronluğunu ifade etmekte ve sınırlı bir tanımlama yapmaktadır²⁹.

c. UNCTAD' ya Göre Alt İşveren

Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (United Nations Conference on Trade and Development) – UNCTAD ise alt işverenlik ile ilgili şu tanımlı vermektedir: “Taşeronluk, iki üretim birimi arasında yapılan bir sözleşmedir. Buna göre, taraflardan birisi (alt işveren) diğerine (asıl işveren), belirlenen süreçler ve koşullarda ürünler (parça ya da nihai ürün) sağlar”³⁰. Bu ürünler, asıl işveren tarafından kendi sorumluluğunda kullanılır ya da pazarlanır. Taşeronluk siparişleri asıl işverenin istediği şekilde, malzemelerin ya da parçaların işlenmesini, dönüşüme uğratılmasını ya da nihai işlemini içerebilir³¹.

2. Türk İş Hukuku Açısından Alt İşveren

“Alt işveren”, 4857 sayılı İş K.’ na kadar öğretici tarafından kullanılmış bir terimdir. Aynı kavram için 1475 sayılı eski İş K.’ da “müteahhit”, “taşeron” (md.29), 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (SSK)’nda “aracı” (md. 87) terimleri; uygulamada ve özellikle de yargı kararlarında “taşeron” terimi kullanılmıştır³².

Alt işveren, teknolojik gelişmelerin uzmanlaşma esnasında getirdiği iş bölümünün gereği olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Bir işverenin, başka bir işverene ait işyerinde belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alıp kendi işçilerini çalıştırması olgusuyla kendisini gösterir.

²⁹ EKİN; s.89.

³⁰ EKİN; s. 91.

³¹ Osman USTA; “Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları”, ÇEİS - Çimento – İşveren Dergisi, C:12, S:1, Ocak-1998, s. 13.

³² CANBOLAT; s. 8.

Alt İşveren Yönetmeliğinin tanımlar kısmında (md.3) şu tanıma yer verilmiştir: *“Alt işveren; Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlarını ifade eder”*.

Yönetmelikte yapılan bu tanımlama, İş K. da yer verilen asıl işveren – alt işveren ilişkisi tanımından yola çıkılarak yapılmış bir tanım olarak karşımıza çıkmaktadır.

4857 sayılı İş K. da, “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.” (m. 2/VI) şeklindeki tarif ile, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki tanımlanmaktadır. Zira iki işveren arasındaki her ilişki değil, ancak kanunun tanımladığı şekilde bir ilişkinin varlığı, ikisi de işveren olan taraflardan birinin “asıl işveren”, diğerinin “alt işveren” olarak nitelendirilmesine olanak verir. Asıl işveren ile alt işveren olarak ifade edilen işveren arasında, işveren kavramının hukuki mahiyeti bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır³³.

Doktrindeki bir tanıma göre, alt işverenliğin gerçekleşebilmesi için, alt işverene verdiği işin veya işyerinin geri kalan kısmında kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı şarttır. Kendisi de işçi çalıştıran ve bir başkasına (alt işveren) kendi işyerinin/işinin bir bölümünde kendi işçileri ile yapmak üzere iş veren kimseye “asıl

³³ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 134-135; Nizamettin AKTAY, Kadir ARICI, Senyen KAPLAN; **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 66-67.

işveren”, asıl işverenden iş alan ve kendi işçileri ile bunu yerine getirmeyi (eser vs. gibi bir sözleşmeyle) üstlenen kişiye ise “alt işveren” denir³⁴.

Bir diğer görüşe göre ise alt işveren, diğer bir işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimine 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 çalıştıran işveren olarak tanımlanabilir³⁵.

1475 sayılı Kanun, asıl işveren-alt işveren ilişkisini tanımlamayıp yalnızca sorumluluğu düzenlediği için, bu Kanun döneminde alt işveren kavramı tartışma konusu olmuş, doktrinde genellikle birinci maddenin son fıkrası çerçevesinde konu ele alınmış ve oradaki “birlikte sorumluluk” üzerinde durulmuştur. Bu nedenle yapılan tanımlar İş Kanunu yönünden alt işvereni tanımlamaktan çok, asıl işverenlerin iş verdikleri kimselerden hangilerinin işçilerine karşı sorumlu olacaklarının belirlenmesine yöneliktir. 1475 sayılı İş K. (m.1/V) hükümleri esasında geliştirilmiş olan tanımların arasındaki esas fark, bu fıkra hükmünde geçen “münhasıran çalıştırma” ifadesine yüklenen anlama göre değişmesidir. Buna göre, “...diğer işverenle yaptığı sözleşme ...ile kendi işçilerin o işverenin işinin bir bölümünde veya eklentilerinde çalıştırmayı taahhüt eden kişiye alt işveren” olarak tanımlandığı gibi³⁶, “bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran işveren” olarak da tanımlanabilmekteydi³⁷. Bu görüş taraftarlarına göre, işçilerini münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalıştırmayan kimseler, İş K. yönünden alt işveren sıfatını kazanamayacaklardır. Ayrıca, alt işverenlerin üstlendikleri işin asıl işverene ait işlerin belirli bir bölümünü oluşturması ve bunun asıl işverene ait işyerinde yapılıyor olması gereklidir. Asıl işin belirli bir bölümünü oluşturmayan işlerin üstlenilmesinde

³⁴ Ercan AKYİĞİT; **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 71-72; CANBOLAT; s. 1; MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 133; GÜZEL; s. 31-65.

³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU; 138.

³⁶ Sarper SÜZEK; **İş Hukuku - Genel Esaslar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 161.

³⁷ Kemal OĞUZMAN; **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, Cilt: 1- Temel Bilgiler, İstanbul Üniversitesi Yayınları - Yayın No: 3455 , Ankara, 1986, s. 10; Halit Kemal ELBİR; **İş Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 35; Münir EKONOMİ; **İş Hukuku**, Cilt:I- Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1984, s. 53; Ünal NARMANLIOĞLU; **İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri**, 3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Yayın No: 91, İzmir, 1998, s. 111-112.

veya asıl işin belirli bir bölümü olmakla beraber asıl işverene ait işyeri sınırları dışında yapılıyorsa alt işverenden söz edilemeyecektir.

II. TÜRKİYE'DE ALT İŞVEREN UYGULAMALARI

Günümüz modern üretim sisteminde, alt işverenliğin çok geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Bu üretim yöntemine başvurma, ya firmanın sahip olmadığı veya sahip olmak istemediği, yeterli ölçüde etkin bir şekilde üretemeyeceği alt-ürünlerle ilgili teknolojiler yüzünden ortaya çıkan teknolojik bir nedenle veya firmanın yeterli üretim kapasitesine sahip olmadığı ve sahip olmak da istemediği kapasite yetersizliği nedeniyle uygulamaya konmuş olabilir³⁸.

Yine, günümüzde işletmelerin artan rekabet karşısında maliyetleri düşürmek amacıyla “işçi kiralayan şirketler” e (contract labor companies) yöneldikleri ve işyerindeki işçilerin dışarıya ile bağımlı hale getirildiği gözlemlenmektedir. Yapılan araştırmalar, İngiltere’ de İnsan Kaynakları Stratejilerinin artan bir biçimde işletme stratejileri ile ilişkilendirildiklerini göstermektedir. Günümüzde İngiltere’ de “İç Kaynak” (Insourcing) ve “Dış Kaynak” (Outsourcing) tartışılmakta ve esnek istihdam stratejilerinin gittikçe büyüyen bir parçası olarak “geçici işçi” (contingent labor) ele alınmaktadır³⁹.

Türkiye’de de alt işveren (taşeron) uygulaması son yıllarda hızla yaygınlaşmıştır. Alt işveren uygulaması önce 1475 sayılı eski İş Kanunu’nun 1. maddesinin son fıkrası anlamında, yani asıl işlere yardımcı işlerde, örneğin işletmenin bahçesinin düzenlenmesi ve bakımı, temizlik işleri, yemek hizmetleri gibi işlerin alt işverenlere (taşeronlara) verilmesi biçiminde başlamıştır. Asıl işlere yardımcı işlerin alt işverenlere verilmesi, toplu iş sözleşmelerinin yaygınlaştığı dönemlere rastlamaktadır. Sendikalarının güçlenerek toplu pazarlık yapma erkine ulaştığı 70’li yıllarda asıl işlerin yanında

³⁸ Sabahattin ŞEN; “**Taşeronluk: Tanımlar ve Gerçekler, Sendikal Notlar**”, Petrol – İş Sendikası Dergisi, S:9, Haziran, 2001, s. 94.

³⁹ European Commission; “**Practical Guide to the Legal Rules on Industrial Subcontracting in the European Community**”, October 1996, p. 8.

işyerinde yemekhanede ya da temizlik işlerinde istihdam edilen düz işçilerin ücretleri de toplu sözleşmelerle birkaç dönem yükselince, işverenler bu yan işleri alt işverenlere vererek maliyetlerinin asıl üretimin dışında kalan işler nedeniyle yükselmesini engellemeye çalışmışlardır. Diğer bir ifadeyle asıl işin dışındaki bazı işleri alt işverenlere vererek, bu işleri daha ucuza getirmeye çalışmışlardır. Dolayısıyla alt işverenlik, yukarıda belirtilen uygulama biçimiyle “işletmenin faaliyet alanının tamamen dışında, özel uzmanlık gerektiren bir işin görülmesi olarak işletmeler için oldukça da yararlı bir uygulama” biçiminde başlamıştır. Ancak, günümüzde asıl işlere yardımcı işlerden başka, asıl üretim alanlarına da alt işveren uygulamaları girmiştir. Bazı işletmelerde alt işveren adeta “alternatif bir istihdam modeli haline gelmiştir”⁴⁰. Bu gidişte, küreselleşmenin getirdiği acımasız rekabet ortamının ve çok uluslu şirket uygulamalarının verdiği fikirlerin etkili olduğu düşünülebilir. Bilindiği gibi çok uluslu şirketler, üretim sürecinin ulusal ve uluslararası düzeyde bölünmesine olanak sağlayan uygulamaları ile kar marjlarını yükseltmek veya rekabet kabiliyetlerini korumak olanağını bulmaktadır.

Ancak ülkemizdeki alt işveren uygulamalarının, özellikle alt işveren işçileri ve genelde işçiler açısından sonuçları hiç de olumlu değildir. Türk hukukunda, işin alt işverenlere verilmesi uygulamaları ülkemizdeki alt işveren kavramına uygun olarak, asıl işverenin işyerinde gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, alt işverenlerin üretim süreci farklı işyerlerinde faaliyet gösteren taşeronlara bölüştürülmüş değildir.

Türkiye’de bazı küçük ve orta boy işletmelerde bu konuda ilginç örnekler rastlanmaktadır. Bu örneklerin uygulamadaki sıklık derecesini bilinmemektedir. Ancak Çalışma Bakanlığı müfettişlerinin uyuşmazlıklarla ilgili olarak yaptıkları tespitler sırasında rastladıkları örnekler veya yargıya intikal etmiş bazı olaylar nedeniyle bu uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamalar, bazı işletmelerin alt işveren kurumunu kötüye kullandıklarını göstermektedir. Bunlar; “asıl işverenin işyerinde taşeron

⁴⁰ Gülten KUTAL; “Türkiye’ de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları”, s. 5.
(Erişim: <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/06.pdf>, 20.08.2009, 15:15)

firmaların işçilerinin asıl işverenin işçileri ile birlikte istihdam edilmesi”, asıl işverenin alt işveren olması ve “taşeronun taşeronu”⁴¹ gibi uygulamalardır.

Türkiye’de yasal düzenlemelerin belirgin özelliği, iş mevzuatının 4857 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi öncesinde (10.06.2003) küreselleşme ve esnekleşme olgusu karşısında gerek işletmelerin rekabet kabiliyetini, gerek işçileri koruma açısından yetersiz kalmasıdır. Gerçekten, 4857 Sayılı İş K. nun kabulünden önce bireysel iş hukukumuzda bazı kuralların esneklikle bağdaşmayacak derecede katı olduğu ve a-tipik çalışma biçimlerinden “kısmi çalışma”, “evden çalışma”, “ödünç iş ilişkisi” ve “alt işveren” gibi esneklik sağlayıcı istihdam türlerini ya hiç düzenlemediği ya da “alt işveren”deki gibi yetersiz düzenlediği görülmektedir.

Türkiye’de alt işveren uygulamaları Türkiye’de Batı ülkelerinden önemli ölçüde farklıdır: Alt işverenin işçileri, asıl işverenin işyerinde işletmenin bir bölümünde çalıştırılmaktadır. Batı ülkelerinde alt işveren genellikle mal üretimini kendi işyerinde yapmaktadır. Ayrıca, Türkiye’de alt işveren uygulaması bazen kötü niyetli uygulamalara konu olabilmektedir. Alt işveren uygulamaları kanuna karşı hile amacını taşımadığı ve esneklik amaçlı kullanıldığı zamanlarda dahi, işçileri düşük ücretle çalıştırmanın bir aracı olarak kullanılmaktadır. Bundan başka, alt işveren uygulamaları, çalışanların örgütlenme ve toplu pazarlık haklarını kullanmalarına engel olucu sonuçlar doğurmaktadır. Böylece, taşeron uygulamaları sayesinde işçileri sürekli asgari ücretle çalıştırma olanağı doğmaktadır. Ayrıca, alt işveren uygulamaları kayıtdışı ekonomiyi beslemektedir. Alt işveren uygulamalarının 4857 Sayılı İş K.’ nun uygulamaya girmesinden sonra da geniş ölçüde kullanıldığı dikkati çekmektedir⁴².

Bu bağlamda alt işverenliğin hemen her sektörde işverenler tarafından kullanıldığı görülmektedir. Özellikle çok işçi çalıştıran büyük işyerlerinde servis, yemek vb. müteahhitlik hizmetleri daha fazladır. İşkollarında çalışan alt işveren sayısı ve çalıştırdıkları işçi sayısı konusunda sağlıklı bir rakam vermek mümkün değildir ancak,

⁴¹ KUTAL; s. 6.

⁴² KUTAL; s. 6.

%10-15 dolayında olduğu tahmin edilmektedir. Taşeron çalıştırmanın gerekçeleri şunlardır⁴³:

- 1) Artan işgücü maliyetleri,
- 2) Global rekabet,
- 3) Ekonomik nedenler,
- 4) Teknolojik gelişmeler,
- 5) İşçi sendikalarının, toplu iş sözleşmelerinde, işlerin birbirine olan nispi önemini, göz önünde tutmaksızın, seyyanen ücret zammı teklif ve uygulaması,
- 6) Bazı uzmanlık gerektiren hizmetlerin, ilgili uzman kuruluşlara yaptırılma gereksinimine bağlı olarak alt işveren uygulaması hızla artmaktadır.

Genel olarak sektörlerdeki taşeron hizmetleri şunlardır⁴⁴:

- Yükleme –boşaltma işleri
- Büro temizliği
- Odacılık ve çay hizmetleri
- Personel taşıma
- Teknik bakım
- Kurye, ofis- boy ve fotokopi
- Resepsiyon ve telefon santrali
- Güvenlik
- Meydan temizliği
- Yemek hizmetleri

⁴³ Cengiz KARAMAN; “Türkiye’ de Dış Kaynak Kullanımı”.

(Erişim: <http://www.insan-kaynaklari.kariyerzirvesi.com/goster.asp?kim=1&GORUS=1>, 14.07.2009, 21:10)

⁴⁴ ODAMAN; Seminer.

- Sevkiyat
- Bakım ve onarım işleri.

A. TARİHSEL GELİŞİM

Bir işverenden işinin belirli bir bölümü veya eklentisinde iş alan işverenlerin, işçilerine karşı olan yükümlülüklerinden, bunlara iş veren asıl işverenlerin de sorumlu tutulması esas, Türk İş Hukuku mevzuatına ilk defa 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı ilk İş Kanunu ile girmiştir⁴⁵. Söz konusu kanunun birinci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele akdetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür." Görüldüğü gibi, ilk İş Kanununda kanun koyucu, işçilerin, işyerinde çalışmak üzere asıl işverenle değil de, başka işverenlerle sözleşme yapmış olması halinde dahi sözleşme şartlarından asıl işverenlerin sorumlu olacaklarını belirtmektedir.

Kanun koyucunun 3008 sayılı Kanunda "üçüncü şahıs" olarak belirttiği işverenlerin işçilerine karşı, asıl işverenlerin sorumluluğu, üçüncü şahısların işçileri ile yaptıkları iş sözleşmesi şartları ile sınırlı tutulmuştur. Öte yandan, asıl işverenlerin sözleşme şartlarından sorumlu tutulabilmesi için, bunların işyerinde yapılmak üzere üstlenilen işin niteliği önemli değildir. Asıl işverenlerin, anılan sorumlulukları için bu işverenlerden alınan işte üçüncü şahıslar tarafından işçi çalıştırılıyor olması ve bu işin asıl işverene ait işyerinde yapılıyor olması gereklidir. Bu hükümle, asıl işverenlerin işyerinde işçi çalıştıran alt işverenlerle işçileri arasındaki iş sözleşmesi şartlarından asıl işverenler sorumlu tutulmuştur. Madde metnindeki "mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür" hükmünden, alt işverenle işçisi arasındaki iş sözleşmesinden yalnızca asıl işverenlerin sorumlu olacağı izlenimi uyandırmaktadır. Oysa bu işçilere karşı sorumluluğun, esas olarak bunlarla iş sözleşmesini yapan ve bu işçilerin işvereni durumunda olan alt işverenlerde olması gerekir. Bu işçilerin iş sözleşmesinden doğan

⁴⁵ 3008 sayılı İş Kanunu; RG. T. 15.6.1936, No:3330.
(Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 10;15)

haklarının güvence altına alınabilmesi için iş sözleşmesi şartlarından asıl işverenler de sorumlu tutulmuştur⁴⁶.

3008 sayılı İş Kanununun konumuza ilişkin yukarıda anılan hükmünün yeterince açık olmaması ve özellikle asıl işverenlerin sorumluluğunun ne tür bir sorumluluk olduğunun belirtilmemiş olması, o zamanki uygulamada sorunlar yaratmıştır⁴⁷. Bunun üzerine kanun koyucu, 1950 yılında çıkardığı 5518 sayılı İş Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun⁴⁸ birinci maddesi ile 3008 sayılı Kanunun anılan hükmünü şu şekilde değiştirmiştir: "İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu aracılar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar."

1967 yılında çıkarılan 931 sayılı İş K.⁴⁹ birinci maddesi ile, "bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeriyle ilgili ve bu kanundan veya iş sözleşmesinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur" hükmü getirilmiştir.

931 sayılı İş K.nun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine⁵⁰, 1475 sayılı İş K.⁵¹ çıkarılmıştır. 931 sayılı Kanun, şekil yönünden iptal edildiği için, 1475 sayılı İş K., 931 sayılı Kanununun hükümlerini, birkaç hüküm dışında aynen almıştır. Bu Kanunun konumuza ilişkin birinci maddesinin son fıkrası da 931 sayılı Kanunun, yukarıda belirtilen hükmünü aynen tekrar etmektedir. Buna göre, "Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentisinde iş alan işverenlerin kendi

⁴⁶ Nitekim 3008 sayılı İş Kanununun bu hükmünü değiştiren 1950 tarih ve 5518 sayılı Kanunla, "aracılar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar" hükmü getirilmiştir. (RG; T. 31.1.1950, No:7420; (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 10;25))

⁴⁷ CANBOLAT; s. 2.

⁴⁸ RG; T. 31.1.1950, No: 7420.

⁴⁹ RG; T. 12.8.1967, No:12672. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 11:00)

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi; T. 14.5.1970, 1970/40 E, 1970/26 K. (RG. T. 11.5.1971, No:13833, (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 11:10))

⁵¹ RG; T. 1.9.1971, No:13943. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 11:00)

işçilerine karşı olan sorumluluklarından, bunlara iş veren asıl işverenler de sorumlu tutulmaktadır”. Ancak, bunun için, eski hükümden farklı olarak, işçilerin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışıyor olmaları ve ayrıca sorumluluğun, asıl işverenden alınan işyeri ile ilgili veya İş K.dan ya da iş sözleşmesinden doğmuş olması gerekmektedir. Asıl işverenlerin sorumluluğunun ne tür bir sorumluluk olduğu belirtilmemiş, "birlikte sorumludur" denmiştir. Bunun müteselsil sorumluluk olduğundan şüphe etmemek gerekir. Nitekim bu husus maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.

B. ALT İŞVEREN UYGULAMASINA NEDEN OLAN FAKTÖRLER

Sanayi Devrimi'yle üretim sistemine giren alt işveren uygulaması zaman içinde hızla gelişmiş, sanayi üretiminin çeşitlenip kalitesinin artırılması ve ucuzlaması süreçlerinde etkili bir rol oynamıştır. Özellikle, yüzyılın sonuna doğru, taşeron sisteminin Bilgi Çağı'na geçişle daha da hızlanıp çeşitlendiği gözlenmiştir. Özellikle, bu "Yeni Çağ" ve "Yeni Ekonomi" ile birlikte, hizmet sektörlerinin ve kadın istihdamının genişlemesi, "atipik istihdam" biçimlerinin yayılması, beyaz yakalı işlerde çalışan bilgi işçilerinin artması, beraberinde sayıları en azından 30'u aşan çok değişik standart dışı, atipik çalışma ve üretim biçiminin gündeme gelmesine neden olmuştur. Böylece işçi, işyeri, işveren kavramlarında büyük bir belirsizlik yaşanmış ve yeni yüzyılın başlarında bir çok ülke geleneksel iş yasalarını yeni oluşumların yarattığı karmaşık faktörlere dayalı yapılan ve uygulamaları öngörececek biçimde yeniden düzenleme zorunluluğunu hissetmiştir⁵².

Gerçekten, gelişen ekonomik ve sosyal koşullar ile teknolojik değişikliklerin, toplumsal yaşamı ve daha özelden çalışma hayatını etkilemesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Artan uluslararası rekabet, iletişimde yaşanan baş döndürücü gelişmeler, küreselleşme süreçleri, söz konusu değişimleri hızlandırmıştır.

⁵² Nusret EKİN; “Çağdaş KOBİ’ lere Dönüşen Alt İşverenlik”, Tekstil İşveren Dergisi, S:278, Şubat-2003. (Erişim: <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/38.html>, 20.05.2009, 21:20)

1. Üretim Sürecindeki Değişim

Değişen yeni teknolojilerin işletmelerde oluşturduğu yapısal dönüşümler, üretim ve istihdam yapılarında da değişikliğe neden olmuş ve alt işveren uygulamasını da hızlandırmıştır. Özellikle günümüzde alt işveren uygulaması inşaat sektörü başta olmak üzere tüm sektörlerde görülmektedir.

İşletmeler alt işveren uygulamaları ile, üretimin bir kısmını ve istihdamı dışsallaştırmaktadır. Böylece rekabet üstünlüğü kazanılmaya çalışılmakta, işletmelerin işgücü yoğun faaliyetlerinden yeni teknolojilere doğru yönelmeleri olanağı yaratılmakta, işgücü maliyetleri düşürülürken, üretimin kalitesi artırılmak istenmektedir.

Alt işveren uygulamaları, esnek üretim modellerinin bir parçası olarak işlemektedir. Esnek üretimin temel özelliklerinden birisini oluşturan esnek üretim teknolojileri, üretim sürecinin küçük parçalara ayrılmasını sağlayarak, üretimin dışsallaştırılmasını, bir başka deyişle, üretimin taşeronlara yaptırılması olanağını sağlamaktadır. Esnek üretim teknolojileri, özellikle “teknik taşeronluğun yaygınlaşması” na neden olmuştur⁵³.

Üretim süreçlerinde bir teknik uzmanlığa gereksinim duyan işverenler, bu süreçleri genelde alt işverene yaptırmaktadırlar. Bu süreçler sayesinde, asıl işverenler yeni bir sermaye yatırımı yapmadan, gereksini duydukları teknolojileri kullanma olanağına kavuşmaktadırlar. Bunlara ek olarak, teknik taşeronluk, işletme içinde gerçekleştirilmesi oldukça zor olan işlevsel esneklik sağlama olanağını da bu yolla işverenlere vermektedir. Esnek üretim teknolojilerinin, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (KOBİ) yaygınlaşmasına uygun ortam sağlaması da bu işletmelerle büyük işletmeler arasında taşeronluk ilişkilerinin yoğunlaşmasının başka bir nedenidir⁵⁴.

Genelde işletmeler alt işverene vermeyi düşündüğü işin, kendisinin yapması halindeki maliyetini hesaplamakta ve alt işverene vereceği fiyat kendi maliyetinden

⁵³ EKİN; Ekonomik, s. 72.

⁵⁴ EKİN; Ekonomik, s. 72.

düşükse, bu işi alt işverene verme yolunu tercih etmektedir. Üretimde ve çalışma yaşamındaki esnek çalışma uygulamaları, rekabetçi koşullarda işletmelerin gelişmesine olanak verdiği için işsizliğin daha da daralmasına yol açmaktadır. AB komisyonu' na göre; “bazı üye ülkelerdeki deneyimler, işin esnek organizasyonunun iş yaratılmasını hızlandırdığını” göstermiştir. OECD' ye göre de, “esnek çalışma istihdamı arttırmaktadır. Hükümetler, esnek çalışma konusundaki yasal engelleri kaldırmalı, kısmi çalışmayı kısıtlayan vergi ve sosyal güvenlik düzenlemelerini gözden geçirmeli ve ücret dışı maliyetleri düşürmelidirler”⁵⁵.

2. KOBİ' ler ve Alt İşverenlerin Artışı

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de, alt işveren örgütlerinin nispeten küçük işletmeler olduğu gözlenmektedir. KOBİ' lerin gerek istihdama yaptığı katkılar, gerekse büyümede oynadıkları etkin roller itibariyle KOBİ' ler büyük ilgi görmektedirler. Özellikle, hızla küreselleşen uluslararası piyasalara açılan başarılı işletmelerin, yeni üretim ve yöntem tekniklerine ve teknolojik gelişmelere hızla uyum gösteren, esnek ve yeniliklere açık KOBİ' ler olduğu görülmektedir. Bu anlamda KOBİ' lerin teknik yetkinliklere daha yatkın, tüketici tercihlerine daha esnek yaklaşımları, konjonktürel dalgalanmalara uyma üstünlükleri, üretimdeki boşlukları daha hızlı doldurmadaki katkıları, büyük ölçekli firmalara yönelik olumlu etkileri ve hepsinden önemlisi istihdam artışına katkıları en önemli özelliklerini oluşturmaktadır⁵⁶.

⁵⁵ Erol TAYMAZ, Yılmaz KILIÇASLAN; “**Subcontracting: A Model for Industrial Development?**”, Economic Research Forum (ERF) 7th Annual Conference, Amman, October 26-29 2000, p. 12. (Erişim: http://www.erf.org.eg/cms.php?id=conferences_details&conference_id=10 , 20.05.2009, 23:40)

⁵⁶ EKİN; Ekonomik, s. 77.

İKİNCİ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE

MÜTESELSİL SORUMLULUK

İş yerinde alt işverene iş verilmesinin, çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Bazı işlerin bir ihtisası gerektirmesi ya da bazı zorunluluklar bazı işverenlerin, işçilerini başka bir işverenin işyerinde çalıştırmasını gerekli kılabilir. Özellikle inşaat işlerinde, nakliye işlerinde veya asıl işin gerektirdiği bazı tali işlerde bu durumlarla karşılaşılabilir. Her şeyden önce asıl işveren-alt işveren ilişkisi, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine yönelmek zorundadır. Buna göre, asıl işverenin mal veya hizmet üretimi ile ilgisi bulunmayan işlerde söz konusu ilişki ortaya çıkamayacaktır. Bilgi, ulaşım ve iletişim teknolojileri başta olmak üzere uzmanlığa dayanan bütün üretim ve hizmet sektörlerinde, kalitenin artırılması ve ürünün ucuza mal edilmesi amacı ile yoğun bir alt işveren kullanımı söz konusudur.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 1980'li yılların ortalarına kadar etkin olarak kullanıldığından bahsetmek mümkün değildir⁵⁷. Daha sonra KOBİ 'lerin teşvik edilmesi sonucu bu işletmelerin çoğalması, artan maliyetler, işverenleri kayıt dışına ve ucuz işgücüne yönelmiş, bu nedenlerle de bu yıllardan sonra asıl işverenlik-alt işverenlik ilişkisinin uygulamada görülme sıklığı hızla artmaya başlamıştır⁵⁸. Bu artış sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, hatta kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örnekleri de yargıya intikal eden uyuşmazlıkların başında gelmiştir.

Ülkemizde, işverenlerin, bazı işleri, alt işverenlere yaptırmaları önceleri farklı gerekçelere dayanmaktaydı. Örneğin, bina inşa eden bir işverenin, elektrik tesisatının döşenmesi veya doğramaların takılması işini alt işverenlere vermeleri; bir fabrika işyerinde yemekhane işletilmesi, işçilerin servis araçlarıyla taşınması gibi işleri alt

⁵⁷ Murat ÖZVERİ; “Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası”, Legal İş ve Hukuk Dergisi, 2002, s.383.
⁵⁸ ŞEN Sabahattin; Petrol – İş; s. 89.

işverenlere havale etmeleri makul görülen uygulamalardı. Ancak son yıllarda alt işveren kullanımı önce belediyelerin temizlik işlerini alt işverenlere vermelerinden başlayıp, özel sektör işyerlerine salgın bir hastalık gibi yayılmış ve işçi haklarını bertaraf etmek için kullanılmıştır. “Taşeronlaşma” denilen ve işçilerin ve sendikalarının en çok yakındığı konuların başında gelen bu uygulama ile bir işyerindeki iş bölünebildiği kadar bölünüp her biri ayrı alt işverenlere verilmekte; sendikasız, sigortasız, hatta kimi zaman asgari ücretin bile altında işçi çalıştıran alt işverenler yoluyla işçi maliyetleri düşürülmektedir⁵⁹. İşyerlerinde alt işverenlere iş verilmesi çalışma hayatının gereklerinden olmakla beraber, ülkemizde bu yolun doğrudan maliyeti düşürmenin bir aracı haline getirilerek gerçekte asıl işverenin çalıştırmak istediği kişileri, alt işverenin işçileri gibi göstermek üzere, kısaca, “muvazaalı” işlemler yapıldığı yargı kararlarıyla da tespit edilmektedir⁶⁰.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, 4857 sayılı İş K. da tanımlanmıştır. Buna göre, *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”* (İş K. md.2/f.VI). Yine, Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında da, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı benzer şekilde yapılmıştır. Buna göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisi, *“...bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya 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 aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki..”* şeklinde tanımlanmıştır⁶¹.

Bu tanımlamalardan hareketle, İş K. ve Yönetmelik ile getirilen bu hükümde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmakta, unsurlarında

⁵⁹ ŞAKAR; s. 53.

⁶⁰ Münir EKONOMİ; **“Hizmet Akdinin Feshi Ve İş Güvencesi Toplantısı”**, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C:17, S:2, 2003, s. 19. (Toplantı)

⁶¹ Yarg. 9.HD., 19.10.2005, E.2005/28488, K.2005/34058.

mevcut esaslar korunmakla beraber, doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olan bazı tartışmalara neden olmaktadır. Öne sürülen farklı görüşler konu içerisinde yeri geldikçe ele alınacaktır.

I. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için kanun ve yönetmelikteki tanımlar doğrultusunda aşağıdaki unsurların bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar sırasıyla ele alınacaktır:

- İşin “İşveren” Sıfatını Taşıyan Başka Bir İşverenden (Asıl İşveren) Alınmış Olması
- Alt İşverenin Kendisinin de İşçi Çalıştıran bir “İşveren” Olması
- İşin İşyerinde Yürütülen Mal Veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerde veya Asıl İşin Bir Bölümünde, İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerde Olması
- İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yapılmış Olması
- Alt İşverenin Daha Önce O İşyerinde Çalışan Bir İşçi Olmaması
- Alt İşveren İşçilerinin Sadece O İşyerinde Çalışıyor Olması

A. İŞİN “İŞVEREN” SIFATINI TAŞIYAN BAŞKA BİR İŞVERENDEN (ASIL İŞVEREN) ALINMIŞ OLMASI

4857 sayılı İş K.’nun md. 2/VI. f. sında; “...bir işverenden,...iş alan...” denmekle, alt işveren kavramının ancak bir asıl işverenin varlığıyla doğacağından bahsedilmiştir. Yani alt işverenden söz edebilmek için, onun iş aldığı kimsenin işyerinde işçi çalıştıran bir işveren olması gerekmektedir⁶². Dolayısıyla işçi çalıştıran bir işverenin varlığı önkoşuldur⁶³.

⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU; s.138; CANBOLAT; s.20; TAŞKENT; Alt İşveren, s.363; Sevil ALPAGUT; “Yeni İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk

İş K. uyarınca, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir (m.2/I). İşçi çalıştırma, kaçınılmaz olarak, işyerinin varlığını gerekli kılar. İş K.' nda "işyeri", "*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*" biçiminde tanımlanmış ve işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu hükme bağlamıştır (m.2/I,III). Bu hükümler, konumuzla birlikte değerlendirildiğinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin ön ve temel koşulu, belirtilen esaslar çerçevesinde, asıl işverenin kendisine ait bir işyerinin bulunması ve bu işyerinde işçi çalıştırmasıdır⁶⁴. Diğer bir deyimle, asıl işverenin o işyerinde işçi çalıştırarak işveren sıfatını koruması ve işin bütününe yapılmasını başka bir işverene devretmemesi gerekir.

Bu esasın bir sonucu olarak bir kimse kendisine ait bir işi, işçi çalıştırmaksızın tümüyle bir başkasına vermiş ise, örneğin, bir inşaatın yapım işi anahtar teslimi suretiyle başkasına yaptırılıyorsa, m. 2/VI anlamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olamayacaktır⁶⁵. Bu halde, eğer kanunda aranan diğer şartlar mevcut ise iş sahibinin sorumluluğu m.36 çerçevesinde ve bununla sınırlı olacaktır. Çünkü, verilen örnekte, m.2/VI hükmünün zorunlu gördüğü yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünün değil, tamamının başkasına yaptırılması söz konusudur. Bunun gibi, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün İş K. 6. maddesi anlamında ve kapsamında bir başka işverene devredilmiş olması halinde de asıl işveren – alt işveren ilişkisi söz konusu olamayacaktır. Belirtmek gerekir ki bu koşul, 1475 sayılı İş K. nun m.1/V hükmü

Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004, s.16; Murteza AYDEMİR; **Tük Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları**, MESS, Yayın No: 185, 1993. s.121.

⁶³ Münir EKONOMİ; "**Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**", Tekstil İşveren Dergisi, S: 161, Eylül 1991, s.7. (Alt İşveren)

⁶⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 136; SÜZEK; s. 137; GÜNAY; Şerh, s. 275.

⁶⁵ Nuri ÇELİK; **İş Hukuku Dersleri**, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 48; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; s. 46; Şahin ÇİL; **İş Kanunu Şerhi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 21; MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 136; TUNÇOMAĞ; s. 56, TAŞKENT; Alt işveren, s.363; ALPAGUT; s.16; Devrim ULUCAN; **Taşeron Uygulaması ve Sorunları - 2000'li Yıllarda Endüstri İlişkilerine Bakış**, MESS Yayını, İstanbul, 1994, s.227.

açısından da aynen geçerli⁶⁶ ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları⁶⁷ ile de açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır.

Bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi bakımından alt işverene verdiği kısım dışındaki birimlerde kendisine ait işçi çalıştırmasının şart olduğu açıktır. Ama, bu işçilerin tamamının kendi işçisi olması zorunlu değildir. Kendi işçisi yanında başkasından ödünç aldığı işçilerin de bulunması mümkündür. Fakat kendisine ait (iş sözleşmesiyle bağlı) hiçbir işçisi bulunmadan, sırf ödünç aldığı işçileri çalıştıran ve işin bir kısmını alt işverene veren bir kimsenin de asıl işveren sayılması mümkün müdür? Bir görüşe göre⁶⁸, durum tartışmaya açık olmakla birlikte, alt işverenlikle ilgili (alt işverenin işçilerini koruyucu) hükümlerin amacından hareketle buna olumlu bakmak isabetli olmayacaktır.

B. ALT İŞVERENİN KENDİSİNİN DE İŞÇİ ÇALIŞTIRAN BİR “İŞVEREN” OLMASI

Alt işverenin de, İş K. anlamında bir işveren olması nedeniyle, işyerinin bulunması ve burada kendi işçilerini çalıştırması aranacaktır⁶⁹. Nitekim, İş K. nun üçüncü maddesinin ikinci fıkrası, bu konuda daha önce ortaya çıkan duraksamaları⁷⁰ gidermek amacıyla, alt işverenin asıl işverene ait işi yaptığı yeri, o işveren yönünden de

⁶⁶ CANBOLAT; s. 20; ÇELİK; s. 49.

⁶⁷ HGK 2.6.2004 T, 2004/21-326 E. 2004/328 K: “Dava konusu olayda, 22.12.1997 tarihli sözleşme ile Karabük Devlet Hastanesi röntgen odası ve acil servis yapım işi ile mutfak, çamaşırhane, kazan dairesi nakil işinin davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca diğer davalı Kürkçüler İnş.Ltd.Şti.ne ihale edildiği, böylece işin anahtar teslimi sureti ile devrinin söz konusu olduğu ortaya çıktığından, aralarındaki hukuki ilişki işveren aracı olarak nitelendirilemez. İşin bir bölümü yerine, tümüyle devrolunduğu durumda, işi devreden kişinin işverenlik sıfatı ortadan kalkacağından sorumluluğuna gidilemez.”; HGK 24.5.1995 T., 1995/9-273 E., 1995/548 K.:“Oysa İş K.'nun 1/son maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı şarttır. Diğer bir ifadeyle belirli işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir kişi asıl işveren durumundadır. Kendisi işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayıp işi bölerek ihale suretiyle muhtelif kişilere veren iş sahibi ‘ihale makamı’ İş K.' nun 1/son maddesi anlamında bir asıl işveren değildir. Dairemizin yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır.”; Aynı yönde bkz. Yarg. 9.HD. 10.9.1992 T., 1992/2463 E., 1992/9734 K.; s. 43-44; 12.4.1994 T., 1994/13361 E., 1994/5427 K.; Yarg. 21. HD.,21.4.1998 T, 1998/1532 E., 1998/ 2796.

⁶⁸ Ercan AKYİĞİT; **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 90.

⁶⁹ SÜZEK; s. 137; GÜZEL; s. 40-42; MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 135,136.

⁷⁰ CANBOLAT; s. 51; ÇELİK; s. 49.

bağımsız bir işyeri olarak kabul etmiştir. Gerçekten, anılan hükme göre, “ *Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür*”. Bu maddenin gerekçesine göre de, “...Maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür.”

Belirtilen bu esaslar, asıl işveren-alt işveren ilişkisini belirleyen ve aşağıda üzerinde duracağımız diğer koşullar açısından da önem taşımaktadır. Gerçekten, alt işverenin böyle bir organizasyona sahip olmaması halinde, işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırması, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok, “iş aracılığı” ya da “geçici iş ilişkisi” kapsamında değerlendirilebilecek veya muvazaa biçiminde nitelendirilebilecektir. Kanunun öngördüğü yasak ve sınırlamalar dikkate alındığında, yeni dönemde bu tür uygulamaların da yoğunluk kazanacağı söylenebilecektir. Öte yandan, özellikle asıl işin bir bölümünde iş alma koşulu irdelenirken, asıl işverenin iş organizasyonu, teknolojisi ve istihdam ettiği personelin uzmanlığı ile alt işverenin işyeri organizasyonunun karşılaştırılması da önem taşıyacaktır. Bir işveren, başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır. Özellikle İş K.’nun, asıl işin bir bölümünde alt işverenin iş almasının koşullarını öngören m. 2/VI hükmü yorumlanır ve somut uyuşmazlıklara uygulanırken, az önce açıklanan unsurun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Aksi halde, Kanun hükmünün, diğer yönleriyle de isabetli bir yorumuna ulaşamayacak ve yanılgılar kaçınılmaz olacaktır⁷¹.

⁷¹ GÜZEL; s. 40-42.

C. İŞİN İŞYERİNDE YÜRÜTÜLEN MAL VEYA HİZMET ÜRETİMİNE İLİŞKİN YARDIMCI İŞLERDE VEYA ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE, İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE UZMANLIK GEREKTİREN İŞLERDE OLMASI

4857 sayılı İş K.' nun md.2/VI. fıkrası ile “ 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...” hükmü getirilerek, bu ilişkinin hangi işler için ve nasıl kurulacağı hususları düzenlenmiştir. Hükme bakıldığında, çok ayrıntılı bir düzenlemenin yapıldığı gözlemlenmektedir. Bunun nedeninin ise, önceki dönemlerde görülen muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin önüne geçmek olduğu söylenebilir. Bununla, işçi istismarı önlenmek istenmiştir⁷². Ancak bu düzenlemelerin ne kadar amacına ulaşacağı, somut olayın Yargıtay'ın önüne geldiğinde nasıl çözümlendiği ve bu kararların doktrin tarafından nasıl yorumlanacağı bizler için önemli olacaktır.

1475 sayılı İş K.'nun yürürlükte olduğu dönemlerde, bu konuda şimdiki gibi herhangi bir açıklık yoktu. Anılan kanunda asıl iş ve yardımcı iş şeklinde bir ayırım olmaması nedeni ile, bu kanun döneminde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kullanılması yaygınlaşmıştır⁷³. Asıl işverenden işin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklentilerinde serbestçe iş alınabilmekte, asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenebilmesini engelleyen bir kural bulunmamaktaydı⁷⁴. Bu yasal boşluğun bir sonucu olarak, uygulamada işverenler, hiçbir sınır tanımaksızın, işyerlerindeki yardımcı veya asıl işleri, alt işverenlere devretme yöntemine başvurmuşlardır⁷⁵. İşte, 4857 sayılı İş K.'nun alt işverene verilecek işler konusundaki düzenlemesi (m.2/VI), belirtilen kötü

⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU; s.139,140.

⁷³ Osman Güven ÇANKAYA, ÇİL Şahin; **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, İşyeri Devri, Hizmet Akti Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 15.

⁷⁴ OĞUZMAN; s.11; Fevzi ŞAHLANAN; “**Türk İş Hukukunda Alt İşveren**”, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1992, s. 326. (Alt İşveren)

⁷⁵ Sabahattin ŞEN; “**Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri**”, Selülöz-İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 2000, s.12; ÖZVERİ; s. 390.

uygulamalara bir tepki ve bu alandaki yasal boşluğu doldurma, uygulamayı bu keyfilik ve serbestlikten uzaklaştırma temel amacına yönelik bulunmaktadır⁷⁶. Söz konusu kanun hükmü, alt işverene verilecek işler açısından “yardımcı iş” ve “asıl iş” ayrımını esas almış, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini belirli koşullara bağlamış bulunmaktadır. Ancak doktrinde⁷⁷, kanunda son derece soyut olarak belirlenen bu işlerin yorumunda sorunlarla karşılaşılacağı ileri sürülmüştür.

Doktrindeki bir görüşe göre⁷⁸, alt işverene verilen işin asıl işverenin işyerinde yürüttüğü işlerin belirli bir bölümünü oluşturması zorunludur. Asıl işin belirli bir bölümünün üstlenilmediği durumlarda asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olamayacaktır. Örneğin, bir dokuma fabrikasında yaptırılacak bir ilave inşaat dokuma işinin bir parçası değildir ve inşaatın yapımını üstlenen kimse, alt işveren sayılamaz. Bu konuda savunulan diğer bir görüşe göre⁷⁹ ise, alt işverenlerin üstlendikleri işin asıl işin belirli bir bölümünü oluşturması zorunlu değildir. Alt işverenlerin üstlendikleri işler, asıl işin belirli bir bölümü olabileceği gibi bu işe yardımcı iş ya da başka herhangi bir iş de olabilir. Yargıtay’ın içtihadı ise doktrindeki ilk görüş doğrultusunda idi. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir fabrikanın tesisat onarımının başka bir işverene verilmesi halinde iki işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olamayacağı ve dolayısıyla müteselsil sorumluluk esasının uygulanmayacağı sonucuna varmıştı⁸⁰. Aynı anlamda olmak üzere, Yarg. 21. Hukuk Dairesi’nin bir kararında⁸¹, otomobil fabrikasının onarım işini bir bütün olarak üstlenen işverenin yaptığı işin niteliği açısından asıl işten bağımsız olması nedeniyle işçisinin uğradığı iş kazasından dolayı müteselsil sorumluluğun söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir.

⁷⁶ ÇELİK; s. 47; AKYİĞİT; s. 772; Haluk Hadi SÜMER; **İş Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2004, s. 18; A. Can TUNCAY; **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi**, KİPLAS Yayınları, Y:6, S:24, Ocak 1990, s. 9; CANBOLAT; s. 22; MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 137.

⁷⁷ Kanundaki “işletmenin ve işin gereği” ifadelerinin yorumunun doğrudan hukukun konusu içerisinde yer almayan bilgileri içermesi nedeni ile işyerinin ve işletme kayıtlarının incelenmesi ve hatta keşif yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. KILIÇOĞLU; s. 9; AKYİĞİT; 93.

⁷⁸ OĞUZMAN; s. 11; SÜZEK; s. 161-162.

⁷⁹ ÇELİK; s. 47; EKONOMİ; s. 53, CANBOLAT; s. 26-27.

⁸⁰ Yarg. HGK., 7.2.1996 T., 1996/9-901 E., 1996/44 K., Çimento İşveren Dergisi, Sayı: Mayıs -1996, s. 26-27.

⁸¹ Yarg. 21. HD., 4.7.1995 T., 2660/3844 E., YKD., Ekim 1995, 1612-1614; Karara İlişkin Bir İnceleme: A.Çifter, Çimento İşveren Dergisi, Sayı: Mart-1997, s. 23-27.

4857 sayılı İş Kanunu, Yargıtay'ın bu içtihadını esas alarak, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl bir bölümünde iş alınması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (m.2/VI). Maddenin gerekçesi şöyledir⁸²: "...Asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin "aslı işin bir bölümünde" veya "yardımcı işlerinde" iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen aslı ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır....”.

Doktrinde bir kısım yazarlarca⁸³, alt işverene verilebilecek işler konusundaki bu sınırlamanın isabetli olduğu, ne asıl ne de yardımcı iş sayılabilecek işlerin, örneğin işyeri binasının tadilatı, bahçede kuyu kazma, inşaat işlerinin bu ilişkiye konu olmasının isabetli olarak önlendiği ifade edilmektedir.

Bir diğer görüşe göre ise⁸⁴, kanunda ve gerekçesinde yardımcı işler açısından getirilen ve asıl işverenlerin sorumluluğunu sınırlayıcı nitelikte olan bu düzenleme isabetli bulunmamaktadır. Çünkü, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanununda düzenlenmesinin temel amacı, alt işveren işçilerinin haklarını, müteselsil sorumluluk esasıyla güvenceye kavuşturmadır. Bu olgu, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesiyle de uyum içindedir. Bu nedenle, madde gerekçesinde belirtildiği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen hükmü, “kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline” getirmek, işçileri güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Öte yandan,

⁸² TBMM TUTANAK DERGİSİ; Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, 45. Birleşim, Cilt: 73, s. 5. (Erişim: www.tbmm.gov.tr; 23.05.2009 23:30)

⁸³ Fevzi ŞAHLANAN; **Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri**, Selüloz – İş Sendikası Eğitim Yayınları, No: 14, İstanbul, 2003, s. 26; Ömer EKMEKÇİ; “**Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları**”, MESS Mercek Dergisi, S.: Temmuz, 2003, s. 133.

⁸⁴ KILIÇOĞLU; s. 25, GÜZEL; s. 43.

kapsam dışı bırakılan işler de, diğerleri gibi asıl işverene ait işlerdir ve her ikisinde de bu işverenin ortak yararı söz konusudur. Nitekim, alt işverenin, belirtilen işlerde, işin bitimine kadar işçilerini sadece bu işlerde çalıştırması, uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşçilerin, sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir iş yaptıkları dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle, bu işçileri güvenceden yoksun bırakmanın doğru değildir. Ayrıca, bina veya çatı onarımı işinin, yardımcı iş sayılmak açısından, yemek veya temizlik işinden bir farkı da bulunmamaktadır. Örneğin üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi, hijyen, verim gibi sebeplerle asıl işi ne derece tamamlıyor, asıl işin yapım sürecine ne derece katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyor ise, çatı onarımı işi de, çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre, o derece yardımcı iş sayılmalıdır. Sözü edilen işlerin yardımcı iş sayılıp sayılmayacağından ziyade, işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı bir ölçü olarak düşünülebilir⁸⁵.

Maddede bulunan unsurların fazla olması ve konunun da bir bütünlük arz etmesi nedeni ile, söz konusu düzenlemenin incelenmesi genel başlığın içerik olarak alt başlıklara bölünmesi şeklinde olmuştur. Bu başlık ve başlığa bağlı alt başlıklar incelenirken, konunun bir bütün halinde değerlendirmenin daha doğru olacağı hususunun göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

1. İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yürüttüğü Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerde Olması

4857 sayılı İş K' nun md.2/VI. fıkrasında bulunan “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde...iş alan...” hükmü ile, alt işverene iş verilirken göz önünde bulundurulması gereken unsurlardan birine işaret edilmiştir. Burada dikkat çeken ifade, herhangi bir yardımcı işten değil, “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerden” bahsediliyor olmasıdır⁸⁶.

⁸⁵ AKYİĞİT; s. 95.

⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 141.

Maddede belirtilen asıl işverenin “işyerinde ürettiği mal veya hizmet üretimi” ifadesi ile anlaşılması gereken, o işyerinin amacına ulaşma noktasında üretimine yöneldiği mal veya hizmetlerdir. Burada amaçlanan husus, bir işyerinin işletme faaliyetleri çerçevesinde, satmayı, sunmayı planladığı mal veya hizmetlerdir. Örneğin; bir seyahat firmasının amacı, taşımayı taahhüt ettiği yolcuları en iyi şekilde ilgili yere ulaştırma hizmetinin verilebilmesidir. Buna yönelik olarak, yolcu taşıdıkları araçları temiz tutmaları, şehir içi servislerin düzenlenmesi gibi ek hizmetler, yolculara sunulan taşıma hizmetinin daha kaliteli verilmesinde etkili olacaktır. İşte verdiğimiz bu örnekte, söz konusu seyahat firmasının asıl işi, yolcuları taahhüt ettikleri yere en iyi şekilde ulaştırmaktır. Bu ana amaca ilişkin olarak yolculara verilebilecek bir takım hizmetler ise yardımcı işlerden olacaktır. Yukarıda verdiğimiz iki örnek, bu firma için yardımcı işlerden olacaktır. Bu anlatımlardan sonra işyerinde üretilen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler için genel olarak şunlar söylenebilir: Bir işyerinde asıl işin yapılması için gerekli olan temizlik⁸⁷, yemekhane⁸⁸, servis⁸⁹, yükleme boşaltma gibi işler, asıl işe yardımcı işler olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Burada önemli olan husus, bu yardımcı işlerin mal veya hizmet üretimine ilişkin olmalarıdır. Aksi halde, sayılan bu işlerin de, başka bir işverene verilmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğurmayacaktır. Örneğin; bir tekstil fabrikasının yemek işleri, orada yapılan mal veya hizmet üretimine yardımcı bir iş değildir. Çünkü, orada yapılan malların üretimi ile

⁸⁷ Yarg.9.HD., T. 11.7.2005, E.2005/18822, K.2005/24469; Yargıtay bu kararında, temizlik işinin Belediyelerin asli işlerinden olması sebebi ile alt işverene verilemeyeceğine hükmetmiştir. Ancak, 5272 sayılı ve 5393 sayılı Belediye Yasalarının yürürlükte olduğu dönemlerde alt işverenlere verilen temizlik işlerinin, bu Yasalarda açıkça temizlik işlerinin alt işverene verilebileceği belirtildiği için geçerli olduğuna karar vermiştir.

⁸⁸ Fevzi ŞAHLANAN; “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004. (Konferans) ŞAHLANAN’ a göre; burada ayırt edici nokta, bu işin asıl işverenin işyerinde yapılıyor olmasıdır. Asıl işveren, yemeği dışarıdan bir firmadan alıyorsa, burada asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmaz. Yemek alınan bu şirket, yemeğin servisini de yapsa yine de bu ilişki doğmaz. Ancak yemek asıl işverenin işyerinde, uzman kişi ya da şirketler tarafından yapılıyorsa, burada diğer şartların da varlığı halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsetmek mümkün olacaktır. (ŞAHLANAN; Konferans, s. 48.)

⁸⁹ ÇELİK; s. 48.

⁹⁰ GÜNAY; s. 270; Ekrem Şevket YÜCESOY; 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle 1475 Sayılı Eski İş Kanunu'nun Karşılaştırılması Yorumu ve Gerekeşi, Orman-İş Yayınları, No:15, Ankara, 2003, s.5; ALPAGUT; s. 17; ŞAHLANAN; Konferans, s. 49.

herhangi bir ilgisi yoktur. Yine yemek örneğinden devam edecek olursak; bir hastanenin yemek işleri, orada yapılan hizmet üretimine yardımcı bir iştir. Görüldüğü üzere, asıl işin niteliğine göre, “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş ifadesi de” farklı anlamlar kazanabilmektedir. Bu nedenle, bu ifadeyi her somut olaya göre ayrı değerlendirmek ve buna göre bir sonuca varmak doğru olacaktır⁹¹. Aynı şekilde, güvenlik işleri de bu niteliktedir⁹². Tabi ki, bu sayılanların, her zaman bir yardımcı iş olarak kabul edileceği söylenemez. Örneğin bir eşya taşıma şirketi için yükleme ve boşaltma işlerinin yardımcı işlerden sayılabilmesi mümkün değildir. Çünkü bu şirket için, yükleme boşaltma işleri asıl işin gerçekleştirilebilmesi için olmazsa olmaz işlerdendir. Ancak bir tekstil firması için yükleme boşaltma işleri, yardımcı bir iş olabilir. Bu işyerinin yöneldiği asıl iş, malların dikilmesi, kesilmesi, ütülenmesi gibi işlerdir. Bu işyeri için de, yükleme-boşaltma işlerinin çok önemli olduğu söylenebilirse de, asıl işin gerçekleştirilebilmesi için olmazsa olmaz işlerden değildir. Yine bu tekstil fabrikası için yemekhane işleri de yardımcı işlerdendir. Ancak aynı yemekhane işi bir hastane için yardımcı işlerden olmayabilir. Çünkü bir hastanedeki asıl iş, genel olarak, orada bulunan hastaların tedavi edilerek iyileştirilebilmeleridir. Bu tedavi sürecinde, hastaların özellikle beslenmelerine dikkat edilmesi, günlük ihtiyaçları olan protein ve vitaminleri yeteri kadar verilmesi gerekir. Bu bağlamda da, hastalara verilen yemeklerin, tedavi sürecinde önemli olmaları nedeni ile yardımcı işlerden sayılabilmesi mümkün değildir.

2. İşin Asıl İşin Bir Bölümünde, İşletmenin veya İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerde Olması

Yine 4857 sayılı İş K.’ nun md.2/VI. fıkrası ile getirilen, “Bir işverenden,... işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” şeklindeki düzenlemeye göre, asıl işin bir bölümünde kurulan asıl işveren-alt işveren

⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 141.

⁹² Yarg. bir kararında, “...Güvenlik işi, işin gereği uzmanlık gerektiren bir iş olup, devamlılık arz eder...asıl işin tamamlayıcısı olup, yardımcı bir iştir...” şeklinde hüküm kurmuştur. (Yarg. 9.HD., T.1.7.2004, E.2004/4320, K.2004/16307; aynı yönde Yarg. 9.HD., T.1.6.2005, E.2005/12985,K.2005/20130)

ilişkisinin ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulabileceği hükme bağlanmıştır⁹³. Bu düzenleme ile alt işverenlik kavramı çok sıkı kurallara bağlanmış ve bu ilişkinin kurulmasında önemli sınırlamalar getirilmiştir. ALPAGUT' a göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu şekilde yapılan düzenlemelerle sınırlandırılmaya çalışılmasının nedeni, 1475 sayılı K.'nun yürürlükte olduğu dönemde görülen, işverenin salt belirli işçilik haklarından kaçmak amacıyla işi çeşitli bölümlere ayırması, hatta çoğu zaman aynı işte kendi işçilerini de alt işverenin işçilerinin yanında çalıştırmasıdır⁹⁴.

İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi tam olarak ne anlama geldiği anlaşılamayan, işinin doldurulması son derece güç kavramların Türk çalışma hayatında büyük belirsizliklere yol açacağını söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁵.

“İşletmenin ve işin gereği” kavramı⁹⁶, gerçekten çok soyut ve geniş bir kavramdır. İşletmenin ve işin gereklerinin ne olduğu hususunda bir sınır çizmek mümkün değildir. Birçok neden, işletmenin ve işin gereği olabilir. Bu gereklerin nasıl belirleneceği hususunda, şu ana kadar yapılmış somut bir tanımlama yoktur. Her işletmenin amacı, ticari faaliyeti sonucu para kazanmaktır. İşletmenin ve işin gerekleri bu anlamda düşünüldüğünde, işin asıl işveren tarafından başka bir işverene yaptırılmak

⁹³ ŞAKAR; s.54.

⁹⁴ ALPAGUT; s.18; SÜZEK ve ŞAHLANAN' a göre, şu anda yürürlükte bulunan İş K. 'nu hazırlayan Bilim Komisyonu'nun bu konuda TBMM 'ne önerdiği metin ile şimdiki metin birbirinden farklıdır. Komisyon tarafından TBMM 'ne önerilen metinde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” ifadesi yoktu. Bu ifadenin metne eklenmesi Meclis'te olmuştur .(Sarper SÜZEK; **"Yeni İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma,Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara,2004, s.42 (Konferans); ŞAHLANAN; Konferans, s.48)

⁹⁵ Ömer EKMEKÇİ; **“4857 sayılı İş Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”**, MESS Mercak Dergisi, Sayı:31, 2003, s.134 (MESS-Temmuz), aynı yönde; ÇELİK; İş Hukuku, s.46; GÜNAY 'a göre, “işin gereği ve teknolojik nedenler” gibi içeriği net olarak ortaya konulamayan nedenlerin “uzmanlık gerektiren işlerde” şeklinde bir gerekçeye dayandırılması zorunluluğuna Yasada yer verilmesi, uygulamada çıkacak sorunların çözümü noktasında yararlı olacaktır (GÜNAY; s. 271).

⁹⁶ SÜZEK' e göre, yabancı doktrine baktığımızda, “işletmenin gerekleri” kavramının iki unsurunun olduğunu görüyoruz. Bunlardan ilki ekonomik güçlüklerdir. İkincisi ise verimlilik, rekabet ve kalitenin artırılmasıdır (SÜZEK; Konferans, s. 42).

suretiyle, karlılığın sağlanması veya artırılması amacının da anlaşılması gerekir⁹⁷. Kar elde etmeyi amaçlamayan bir işletmeden söz edilemez. Ancak, kanunun amacı muvazaayı önlemek olduğuna göre, işletme ve işin gereği kavramının da bu bakış açısı ile değerlendirmek gerekmektedir. Sadece kar elde etme tarafından bakılırsa, yukarıda da bahsedildiği gibi her işletme kar amacı güttüğünden, alt işverene asıl işin bir bölümünde verilecek her işin, işletmenin ve işin gereği olduğuna sonucuna varmak gerekecektir ki, böylesine bir yorum da kanunun işleyişine aykırıdır. Burada karlılığın yanı sıra, o işin alt işverene verilmesinde, rekabet, işin mahiyeti, niteliği, işletmenin durumu, kaynakları, iştirak konusu gibi kriterlerin de göz önünde bulundurulması gerekir.

Madde metninde bulunan ve asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde aranan şartlardan biri olan **“teknolojik nedenler”** ifadesi de, yoruma açık, sınırları tam olarak belirlenmemiş ve anlamı somut olaya göre farklılık gösterebilecek bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, “işletmenin ve işin gereği” ifadesine nazaran, daha somut bir kavram olduğunu söylemek gerekir. Ülkemizde her geçen gün, teknoloji bir adım ileriye gitmektedir. İşletmeler, gerek bu teknolojiyi izleyememeleri gerekse bu teknolojileri edinmenin maliyetinin fazla olması nedeni ile, bu gelişmelerin gerisinde kalabilmektedirler. Bu durum ise, işletmelerin, ulusal ve uluslar arası piyasada güçlenmesine, diğer rakipleri ile rekabet etmesine engel olmaktadır. İşte bu gibi olumsuz etkileri bertaraf etmek amacıyla, teknolojik nedenlerden dolayı asıl işin bir bölümü alt işverenlere verilmektedir. Böyle bir amaçla alt işverene iş verilmesi kanunun da amaçladığı bir sonuçtur. Örneğin, otoyol yapımını üstlenen bir işverenin yol üzerindeki bir köprü inşaatını bir başka işverene vermesi kanunun tanımına uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasıdır⁹⁸. Burada, asıl iş olan otoyol yapımından farklı olarak, daha farklı teknolojik araçların kullanılması gerekecektir. Ayrıca, gerek bu araçların

⁹⁷ Engin ÜNSAL; **“4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:2, S:6, İstanbul 2005, s.539; Ayrıca ÜNSAL' a göre, asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işin diğer bir işverene verilmesi asıl işveren için herhangi bir kar sağlamıyorsa, muvazaa kuşkusu gündeme gelebilir. Eğer, diğer işverene verilen iş, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu kabul edilerek, karlılık konusunda herhangi bir araştırma yapmaya gerek görülmezse, ilgili maddenin sadece lafzı yorumu yapılmış olacak ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu kabul edilmek sureti ile muvazaadan söz edilemeyecektir. Ancak, maddenin amaçsal yorumu yapıldığında, karlılık konusunun da araştırılması gereklidir (ÜNSAL; s. 539).

⁹⁸ TAŞKENT; Alt işveren, s. 364.

kullanımı gerekse köprü yapımının, otoyoldan farklı bir iş olarak uzmanlık gerektirmesi, Kanun' da belirtilen unsurların burada gerçekleştiğini göstermektedir. Yine, bir binanın yapımını üstlenen inşaat firmasının, binanın doğrama ve hafriyat işlerini alt işverene bırakması mümkündür. Çünkü bu işlerde kendi çapında uzmanlık gerektiren ve bazı makinelerin kullanılmasını gerektiren işlerdir⁹⁹.

İlgili fıkrada bulunan *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler”* ifadesi incelendiğinde, konu ile ilgili iki unsur göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, *“işletmenin ve işin gereği”* kavramı, diğer ise *“teknolojik nedenler”* kavramıdır. Fıkra metnindeki bu iki kavram arasındaki *“ile”* kelimesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği ise tartışma konusu olmuştur¹⁰⁰. Bazı yazarlara göre, bu iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekirken¹⁰¹, bazılarının göre ise de iki kavram arasındaki *“ile”* kelimesi *“veya”* olarak anlaşılmalı ve iki unsurdan birinin bulunması yeterli olmalıdır¹⁰². Bu görüşe göre, işletme ve işin gereği kavramları, kalite, maliyet, rekabet

⁹⁹ SÜZEK; Konferans, s.42; GÜNAY; Konferans, s.26.

¹⁰⁰ ALPAGUT; s. 18.

¹⁰¹ TAŞKENT 'e göre, buradaki *“ile”* sözcüğünü *“olarak”* biçiminde anlamak gerekmektedir. Dolayısıyla asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Örneğin, işveren sadece *“işletmenin ve işin gereği”* olarak (ekonomik neden öne sürerek) asıl işi bölüp alt işverene veremez. Aksi halde *“teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler”* sınırlamasının bir anlamı kalmayacaktır. Ayrıca bu ölçütler mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde aranmaz. İşveren, Yasada belirtilen diğer gerekleri yerine getirmek sureti ile yardımcı işleri alt işverene bırakabilecektir (TAŞKENT; Alt işveren, s.364,365); ÜNSAL 'a göre, yasalar öncelikle sözün söylenişine göre yorumlanmalıdır. Keyfi bir yorumla yasadaki bir sözcüğü başka anlam taşıyan ve fıkranın amacını tamamen değiştirip uygulama alanını genişleten bir başka sözcükle algılamak imkansızdır. Yasa koyucunun amacı alt işverenlik uygulamasını genişletmek değil, bunu ancak zorunlu durumlarda yaşama geçirmektir. Bu nedenlerle Yasa, asıl işin bölünmesinde sadece işin ve işletmenin gereğinin değil, bu bölünmede teknolojik nedenlerle uzmanlığın gerekip gerekmediğinin de araştırılmasını öngörmektedir (ÜNSAL; s. 543); ÖZVERİ' ye göre, TBMM ' deki tartışmalardan madde gerekçesinden çıkan sonuç, asıl işin bir bölümünün bölünerek alt işverene verilebilmesi için *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler”* koşulunun tek bir koşul olduğu, bu tek koşulun aradaki *“ve”* *“ile”* bağlaçlarından da anlaşılacağı gibi gerçekleşmiş olması gerekir. (ÖZVERİ; s.393); EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; s.31; GÜZEL; s. 32.

¹⁰² SÜZEK' e göre, aradaki *“ile”* sözcüğünü *“ve”* değil *“veya”* olarak anlamalıyız. Çünkü bu iki koşulun aynı anda gerçekleşebilmesi çok zordur. Bu iki koşul birlikte arandığı zaman yapılan eleştiriler haklı olacaktır. Aksi halde, bir işin alt işverene verilmesi çok zor olacaktır. Yasa'nın amacı da zaten budur. Çünkü Yasa, alt işveren müessesesini engellemek istemez. Yasa'nın tek amacı muvazaalı sözleşmelere engel olabilmektir (SÜZEK; Konferans, s. 44,45); ŞAHLANAN 'a göre, fıkra metnindeki *“ile”* kelimesi *“veya”* olarak anlaşılmalıdır. Şayet bu şekilde anlaşılırsa, sadece işletmenin ve işin gereği nedeni ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabileceği gibi, işletmenin ve işin gereği nedeni aranmaksızın salt teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işverene verilebilecektir (ŞAHLANAN; Konferans, s.48); Tankut CENTEL; **“Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi: Yeni İş**

edebilirlik gibi durumları kapsar ve asıl iş bölünebilir bir nitelikte olduğu sürece, asıl işveren bu gerekçelerle asıl işin bir veya birkaç bölümünü alt işverene verebilecektir. Bu görüşlerin yanı sıra, her iki görüşe de katılmayan yazarlar da vardır. Bu diğer görüşe göre ise, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, ya bu işin işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir¹⁰³.

Gerçekten, kanun koyucu' nun ilgili fıkrada düzenlediği “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” ifadesinin tam olarak ne anlatmak istediğini söylemek çok zordur. Ancak kanun koyucu' nun, muvazaalı ilişkileri önlemek gibi genel bir amacının olduğu açıktır. Bu bakış açısı ile değerlendirdiğimizde ve kanunun genelini etkileyen “esneklik” ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisini sınırlamaktan çok, muvazaalı ilişkilerin önüne geçmeyi, işletmelerin ulusal ve uluslararası alanda daha da güçlenmesini, bu ilişkinin ihtiyaçlara cevap verir şekilde kurulmasını sağlayan bir anlayış ile söz konusu ifadelerin yorumlanması gerekir. Zira, ihtiyaçlara cevap verecek bir müesseseyi sınırlandırmak

Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06.05.2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004, s.53 (Konferans); EKMEKÇİ; s.134; aynı yönde TUNÇOMAĞ, CENTEL; s.56; ALPAGUT' a göre, ilgili hüküm bilim kurulunca hazırlanırken, “işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alma” dan bahsedilmişti. Yasa koyucu tarafından, alt işverenlere salt uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi öngörülseydi, “işletme ve işin gereği” ifadesine yer vermeye hiç gerek olmazdı. Çünkü, teknolojik nedenlerin bulunması aynı zamanda işin gereği kavramını da kapsayan bir ifadedir. İşin alt işverene verilmesi ile birlikte, kalite artışı, verimlilik, üretimin hızlanması gibi faydalar sağlanıyorsa, Yasa koyucu 'nun amacı doğrultusunda bir ilişki kurulmuş olacaktır. Ancak, salt maliyeti azaltmak için bu ilişkinin kurulabileceğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira, işin alt işverene verilmesinde her zaman bir ekonomik gerekçe mevcuttur. Ancak Yasa koyucu, esas itibari ile alt işveren müessesesinin ucuz işgücü olarak görünmesini engellemek istemiştir (ALPAGUT; s.18); GÜNAY'a göre, burada bahsedilen unsurların birlikte aranması serbest piyasa ekonomisinde mümkün değildir. Bu unsurlar birlikte arandığı zaman yerli sanayici yaşayamaz. Bunun sonucunda işçi zarar görür. (GÜNAY; Konferans, s. 30,31)

¹⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU' na göre, Buradaki “ile” ifadesini “veya” olarak anlamak, Yasa'nın amacına uygun olur. “Uzmanlık gerektiren” iş tabirinin “teknolojik nedenlerle” sınırlı tutulmaması; “işletmenin ve işin gereği” ifadesini de kapsadığı kabul edilmelidir. Aksi yorum, alt işverenlik hükümlerinin çalışma hayatına yansımamasına, bu düzenlemelerin dikkate alınmamasına neden olur. Zira “işletmenin ve işin gereği” ifadesi, tek başına düşünüldüğünde, asıl işverene asıl işin bir bölümünü keyfi olarak alt işverene verilebilmesine olanak tanımış olur. Bu nedenlerle, asıl işin alt işverene bırakılabilmesinin temel koşulu uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır (MOLLAMAHMUTOĞLU; s.141).

sureti ile pek çok halde kurulmasını engellemek, muvazaalı işlemleri azaltmanın aksine bir sonuç verecektir. Bu nedenlerle, madde metninde bulunan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” ifadesinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında birbirine bağlı olmayan “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren işlerde” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” şeklinde iki unsurdan oluştuğu kanaatindeyiz. Bu görüş ile MOLLAMAHMUTOĞLU' nun görüşüne de iştirak etmiş bulunmaktayız. Gerçekten de, bu görüş gerek ihtiyaçlara cevap verme ve gerekse işverenlerin keyfi olarak alt işverenlere iş vermesi dolayısıyla muvazaalı ilişkileri önleme noktasında tercihe değer bir yorumdur. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, söz konusu işin her şeyden önce uzmanlık gerektirmesi esasını kabul etmek, asıl işverenin keyfi hareket etmesine müsaade etmeyecektir. Alt işverene iş verilirken, bu işin ya işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren bir iş ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekmektedir. Bunun dışında asıl işin bir bölümü alt işverene verilemeyecektir. Diğer görüşleri eleştirdiğimiz bir nokta olan, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ifadesinin, “işletmenin ve işin gereği” ifadesini etkisiz hale getirmesi açısından baktığımızda ise, katıldığımız görüşe göre, “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren işler” ifadesi, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ifadesinden bağımsız, kendine has özellikleri bulunan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten, her “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”, “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren iş” ifadesini karşılamaz. Örneğin; anahtar teslimi bir binanın yapımını üstlenen bir müteahhit, asıl işin bir bölümü olan binanın çatısını alt işverene yaptırması halinde burada teknolojik bir nedenden bahsedemez. Çünkü, binanın çatısının yapılması kendi çerçevesinde uzmanlık gerektiren bir iştir. Dolayısıyla, burada işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren bir iş alt işverene verilmiştir.

Diğer bir husus ise, bu görüş doğrultusunda unsurların tasnif edilmesinin, madde metninin anlatımına da uygun olmasıdır. Bu görüşe göre, maddeki “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” ifadesi değerlendirildiğinde; asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için aranan şartların “işletmenin ve işin

gereği uzmanlık gerektiren işler” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” olduğunu söylemek gerekir. Görüldüğü üzere, maddedeki ifadenin bu görüş doğrultusunda değerlendirilmesi, Türkçe Dilbilgisi kuralları açısından bakıldığında da en uygun olanıdır. Diğer görüşler göz önüne alındığında, bazı hallerde bir anlatım bozukluğunun meydana geldiği görülmektedir. Bu yönüyle de, katıldığımız görüşün isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer bir görüş olan, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” ifadesinin bir bütün olarak anlaşılmasını savunan yorum değerlendirildiğinde; asıl işveren tarafından, asıl işin bir bölümünde alt işverene teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş verilmesinin aynı zamanda işletmenin ve işin gereği olacağı açıktır. Bu durumda, kanun koyucu tarafından metinde yer verilen “işletmenin ve işin gereği” ifadesinin bir anlamı olmayacaktır. Çünkü bir iş, teknolojik bir nedenden dolayı alt işverene veriliyorsa, bu aynı zamanda da o işletmenin ve işin gereğidir. Ayrıca, bu yorum ile teknolojik bir neden bulunmaması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulamayacağını söylemek gerekir ki, kanunun bunu amaçlamadığı çok açıktır. Gerçekten de, bu yorum ile bir hastane binasında bulunan ve yemek yapılması için gerekli olan araç ve gereçleri bünyesinde bulunduran bir yemekhanenin alt işverene verilebilmesi mümkün değildir. Çünkü bu durumda, bir hastane için asıl işin bir bölümü olan hastalara yemek sunulması işini teknolojik bir nedene dayandırmak mümkün değildir. Belki, yemekhanesinde yemek yapmak ve sunmak için gerekli olan araç ve gereçleri bulunmayan bir hastanenin, bu işi alt işverene vermesinde teknolojik nedenlerin var olduğu kabul edilebilir. Çünkü burada, yemek yapmak için, fırın, bulaşık makinesi gibi teknolojik aletlerden yararlanılması gerekmekte ve gerek bu araçların kullanılmasında gerekse yemeğin yapılması ve sunulması noktasında uzmanlık gerektiren bir iş olduğu söylenebilecektir. Ancak, yukarıda verdiğimiz örnek açısından düşündüğümüzde, bu işin alt işverene verilememesi ihtiyaçlara cevap veren bir uygulamayı engellemek anlamına gelmektedir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, “işletmenin ve işin gereği” kavramı çok soyut ve geniş bir kavramdır. Bu kavramın sınırlarını çizmek mümkün değildir. Bu nedenle, alt

işverene verilecek her iş, mutlaka bir işletmenin ve işin gereği kapsamında değerlendirilebilecektir. Böyle olunca da, kanunun amacına aykırı bir durum ortaya çıkacak, alt işverenlerin keyfi bir şekilde işleri alt işverenlere vermelerinin yolu açılacaktır. Sonuç olarak da, sıklıkla muvazaalı ilişkiler kurulması gündeme gelecektir.

Burada önemli olan bir diğer husus ise, mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler açısından bu başlık altında anlatılan şartların aranmayacağıdır¹⁰⁴. 4857 sayılı İş K. nun md.2/VII. fıkrası ile ve Yönetmeliğin 11. maddesiyle getirilen, “...İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” hükmü ile yukarıda anlatılanlar birlikte değerlendirildiğinde, İş K. nun md.2/VI. fıkrasında asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmaksızın alt işverene verilebilecek işlerin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik yönden uzmanlık gerektiren işler” olması aranırken, İş K. nun md.2/VII. fıkrasında da asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi durumunda bu sınırlamalardan bahsedilmekte, ancak yardımcı işler açısından böyle bir sınırlamadan söz edilememektedir¹⁰⁵. Bu nedenle, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ibaresinde belirtilen kriterlerin gerçekleşmesi gerekirken, yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi için aranan tek koşul, yardımcı işin asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin olmasıdır¹⁰⁶.

D. İŞİN ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDE YAPILMIŞ OLMASI

Alt işveren sayılabilmenin bir koşulu da, asıl işverenden alınan işin, asıl işverenin işyeri sayılacak sınırları içerisinde yapılması gerekmektedir. İş Kanunu md. 2 uyarınca¹⁰⁷, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime **işyeri** denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında

¹⁰⁴ Yarg. 9.HD., T.1.6.2005, E.2005/12985, K.2005/20130; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; s.37.

¹⁰⁵ ALPAGUT; s. 18.

¹⁰⁶ GÜNAY; s.270.

¹⁰⁷ DEMİR; s. 20.

örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk, emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlular gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür”.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisi içinde, asıl işverenin işyeri, hukuki olarak aynı zamanda alt işverenin de işyeridir. Alt işverenin almış olduğu iş, asıl işverenin işyerinde yapılmalıdır. Kanunun bu konudaki ifadesi açıktır: “Bir işverenin, işyerinde yürüttüğü... işlerde iş alan... diğer işveren..” (İş K. md. 6/f). İşin asıl işverenden alınıp da fason olarak götürülüp, başka bir yerde, evinde veya ayrı bir mahaldeki işyerinde yapan veya yaptıran kimse alt işveren sayılamaz¹⁰⁸. Fakat bu unsur dar yorumlanmamalıdır. Doktrinde örnek olarak verilen kimi hallerde de görüleceği üzere¹⁰⁹ alt işverene bırakılan bir takım işler, asıl işverenin işyeri dışında ifa edilebilir, hatta ifa edilmesi bu şekilde mümkün niteliktedir. Örneğin; termik elektrik santraline kömür taşınması işi bu niteliktedir. Şu halde işin niteliğine bakmadan kesin bir yargıya varmak doğru olmayacaktır. Ancak doktrindeki bir başka fikre göre¹¹⁰ yasal düzenlemede açıkça asıl işverenin “işyerinde yürüttüğü” ve alt işverenin “bu işyerinde aldığı” iş olması açıkça vurgulandığından, artık eski dönemde Yargıtay’ca kabul edilenin aksine, işverenin işçilerini işyerinden evlerine götürüp getirmesi için üçüncü şahısla yaptığı taşıma sözleşmesinden doğan ilişki bu kanun anlamında asıl işveren- alt işveren ilişkisi sayılamayacak ve bu sözleşme uyarınca, üçüncü şahsın kendi araç ve şoförü ile işçileri taşınması halinde meydana gelen iş kazasından asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır.

Konunun “iş organizasyonu” kapsamında değerlendirilmesinden yana olan bir diğer görüşe göre¹¹¹ ise, asıl işverenden alınan iş, ister asıl işin bir bölümü isterse yardımcı iş olsun, iş organizasyonu içerisinde yapılmalıdır. Örneğin bir dokuma fabrikasının desen oluşturma işinin bir başka kimseye ihale edilmesi halinde, alt işveren işi götürüp kendisine ait olan ve başkalarına da hizmet sunulan bir atölyede yapıyorsa,

¹⁰⁸ ÇANKAYA; s. 4.

¹⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 138; aynı yönde bkz. EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; s. 36.

¹¹⁰ ÇELİK; s. 48.

¹¹¹ AKYİĞİT; s. 99.

keza, yemek verme işini üstlenen bir kimse bunu iş yerinden ayrı bir yerde bulunan lokantasında yapıyorsa, böyle hallerde alt işverenlik ilişkisinden değil, ancak Borçlar Kanunu anlamında eser sözleşmesinden bahsedilebilecektir.

E. ALT İŞVERENİN DAHA ÖNCE O İŞYERİNDE ÇALIŞAN BİR İŞÇİ OLMAMASI

1475 sayılı İş K. döneminde, alt işveren olacak kişinin, daha önce asıl işverenin bu işyerinde (iş aldığı işyerinde) çalıştırılmış olup olmaması bir farklılığa yol açmamakta idi. Ancak zamanla; halen veya kısa bir süre önce asıl işverenin işyerinde genellikle yönetici konumunda çalışan kimseler, bu işyerindeki kimi işlerde alt işveren olarak iş alıp işçi çalıştırmaya kalkışmış ve bu noktada bazı kötüye kullanma olguları ile karşılaşmıştır. Böyle bir durumda kanuna karşı hile ve muvazaa dışında bunu önleyen herhangi bir özel kurala kanunda yer verilmemişti. 4857 sayılı Kanun özel bir düzenleme getirerek “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” demiştir (m. 2/son). Yönetmelikte de bu hüküm tekrarlamıştır (Alt İşveren Yönetmeliği, md. 12). Alt işveren olacak kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılmamış olması, sadece gerçek kişiler için uygulanabilir¹¹² ve alt işveren olarak iş aldığı işyerinde o işyerinin (asıl işverenin) personeli olarak çalışmamış olmayı anlatır. Kanunda sadece işçi olarak çalışmayı gösterir bir olgu bulunmadığı için, alt işverenin iş aldığı işyerinde işçi olarak çalışmış olmaması gibi kamu işyerlerinde memur veya sözleşmeli personel gibi idare hukukuna ait bir sıfatla oranın personeli olarak çalışmış olmak da alt işverenliğe engel oluşturmaktadır¹¹³. Alt işverenliğe engel olan şey, o işyerine ve işverenin otoritesine bağımlı olarak çalışmadır. Kanunda sadece alt işverenin asıl işverenin önceki bir işçisi olamayacağı belirtilmiş, alt işveren yönünden başkaca bir sınırlandırma getirilmemiştir. Esasen, asıl işverenin bir ortağının hissesini devrederek alt işveren olarak asıl işverenden iş alması ve hatta asıl işverende hissedarlığı devam ederken alt işveren sıfatını kazanması kanunda yasaklanmış değildir. Aynı şekilde asıl işverenin bir işçisinin tüzel kişi şirketin yada kurulacak adi ortaklığın hissedarı olması yönünden kanunda bir sınırlandırma

¹¹² AKYİĞİT; s. 100.

¹¹³ AKYİĞİT; s. 101.

getirilmemiştir. İlk bakışta bu niteliğe haiz alt işverenlerle asıl işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisine girilebileceği düşünülürse de, ilişkinin muvazaaya dayandığı her türlü delille ispatlanabilecektir¹¹⁴.

Kanundaki düzenleme karşısında, ilgili kişinin iş alacağı işyerindeki önceki çalışmasının ne kadar sürdüğü önem taşımamaktadır. 4857 sayılı Kanundaki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, kanundaki, “daha önce o işyerinde çalışma”nın belirli bir zaman dilimiyle sınırlandırılması gerektiği doktrinde savunulmuştur¹¹⁵. Aksi halde, uzun yıllar önce çalışılan bir işyerinde alt işverenlik alınamayacaktır. Muvazaadan bağımsız olarak getirilen böylesine uzun süreli veya ebedi bir yasak, Anayasadaki eşitlik ve herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Yine, yasağın “o işyerinde çalıştırılma” ya yöneltilmesi, o işyerinde yaşanan işveren değişikliklerinin de bu çalıştırma olgusunu silemeyeceği anlamını verir. Bir başka anlatımla, kendisi orada çalışırken oranın işvereni sonradan değişse ve şu anda başka bir işveren işyerinin sahibi olsa da, durum değişmeyecek, yasak devam edecektir. Ayrıca, alt işveren olacak kişinin daha önce o işyerinde çalışırken yaptığı iş ile alt işveren olarak almak istediği işin aynı veya farklı olması yasak bakımından önemsizdir¹¹⁶.

F. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN SADECE O İŞYERİNDE ÇALIŞIYOR OLMASI

İş K. nun ikinci maddesinin altıncı fıkrasında, “*Bir işverenden... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren...*” denilerek üzerinde durduğumuz unsur vurgulanmış bulunmaktadır. 1475 sayılı İş K. da, aynı anlamda “münhasıran” ibaresine yer verilmişti. Şu halde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için alt işverenin işçilerini sadece alt işverene ait işte çalıştırması gerekecektir. Alt işverenin işçilerini başka işverenlere ait birden çok işyerinde

¹¹⁴ ÇANKAYA, ÇİL; s. 27.

¹¹⁵ EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN; s. 38, AKYİĞİT; s. 101.

¹¹⁶ AKYİĞİT; s. 102.

çalıştırması halinde, kanunda tanımlanan anlamı ile asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Yani alt işveren, üstlendiği işin, örneğin işyerinin temizliğinin yürütümü için gerekli işçileri “sadece” o işyerinde çalıştırmayıp, başka işverenlerin işyerlerinde de çalıştırmakta ise, o takdirde İş K. nun üzerinde durduğumuz hükmü kapsamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz

İşçilerin başka işyerlerinde görevlendirmenin saatlik ya da günlük olarak yapılması durumunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak işçinin daha uzun bir süre asıl işverene ait işyerinde taşeron işçisi olarak çalışmasından sonra belli bir dönem için bir başka işyerinde görevlendirmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi bundan ne şekilde etkilenecektir? Diğer bir anlatımla, sadece o işte çalıştırma koşulunun temadi eden bir şart olarak sayılması mümkün müdür? Alt işveren işçisinin iş sözleşmesi taşeron yönünden sonlandırılmaksızın asıl işverene ait işyerinden işçinin kendi isteğiyle veya taşeron ya da asıl işverenin talebi üzerine ayrılması halinde, özellikle işçilik bakımından sorumluluk nasıl belirlenecektir? Bütün bu soruların cevabı asıl işveren-alt işveren yönünden önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, konuya ilişkin bir kararında, işçinin çalışmasında bir kesinti olmaksızın, aynı taşerona bağlı olarak farklı asıl işverenlere ait işyerlerinde çalıştırılması halinde ayrı ayrı işverenler yönünden asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığını kabul etmiştir¹¹⁷. Söz konusu kararda Yargıtay, işçinin önceki asıl işverene ait işyerinden ayrılmasının bir fesih niteliğinde olmadığını belirterek bu dönemle ilgili olarak önceki asıl işverenin ihbar ve kıdem tazminatları ile izin alacaklarından sorumlu olamayacağını kabul etmiştir.

Varılan bu sonucun, İş Kanununun asıl işveren-alt işveren ile işçilik haklarını düzenleyen hükümlere uygun olduğu belirtilmekle birlikte bu durumun işverence kötüye kullanılması olası gözükmetedir¹¹⁸. Örneğin, alt işveren tarafından uzun yıllar belli bir

¹¹⁷ Yarg. 9. HD. 11.5.2004 T, 2004/1126 E., 2004/11275 K.

¹¹⁸ ÇİL; s. 20.

asıl işveren işyerinde çalıştırılan işçilerin iş sözleşmeleri sonlandırılmaksızın alt işverenin kendine ait işyerine alınmaları veya başka bir asıl işveren işyerinde kısa bir süre çalıştırdıktan sonra iş sözleşmelerinin feshi halinde, işçilerin önceki asıl işverenden tazminat ile izin ücreti talep hakları olmayacaktır ki bu husus asıl işvereni alt işveren ile birlikte sorumlu saymak suretiyle işçinin korunmasını sağlama amacına aykırı olacaktır.

Esasen, bir işçinin aynı taşeronla bağlı olmak kaydıyla değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışmış olması halinde, birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisi vardır. Önceki asıl işverenin kıdem tazminatından 1475 sayılı K. nun 14/II maddesi uyarınca kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir. İşçinin münhasıran o işte görevlendirilmesi zorunluluğu ikinci olarak, alt işveren işçisinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve asıl işverenin diğer işlerinde çalıştırılmamasını ifade eder. Örneğin asansör montajı işini alan alt işverenin işçisi, bu inşaat işyerinde asıl işverenin dış siva veya çatı yapımı gibi diğer işlerinde çalıştırılırsa, bu işçi yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Aksi halde kanunun anladığı şekilde bir alt işverenlikten söz edilemez¹¹⁹.

Bu durumda Kanunun aradığı koşulların sübjektif bazı değerlendirmeleri de gerektirdiği düşünülmelidir. Asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin kanuna uygun biçimde kurulmasının ardından, alt işverenin, asıl işverenden aldığı işte çalışmaya başlayan işçinin bir süre alt işverenin başkaca işyerlerinde de çalışmaya başlaması halinde, sadece bu işçiye bağlı olarak asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki son bulmayacaktır. Asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması olmayan işçi, asıl işveren ile alt işveren ilişkisi dışında değerlendirilecektir. Ancak alt işveren işçilerinin tamamının asıl işverenden alınan işler dışında, alt işverenin başka işyerlerinde çalışmaya başlaması halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi de sona erecektir. Zira asıl işveren-alt işveren

¹¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU,139; DEMİRCİOĞLU Murat, CENTEL Tankut; “İş Hukuku”, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 52; SÜMER; s. 18; TUNÇOMAĞ, CENTEL; s. 56.

ilişkisinin varlığından söz edebilmek için, alt işverenin işçilerinin bulunması ve bunların en az birinin asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması gerekir¹²⁰.

Yine alt işveren işçilerinin bir kısmının asıl işverenden alınan işlerde çalışmalarının yanı sıra asıl işverenin diğer işlerinde de çalıştırılmaları halinde, bu işçiler yönünden asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Bu noktada açıklanan çalışma şeklinde işverenin kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Yargıtay bir kararında¹²¹, temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından hizmet içi eğitime de tabi tutularak asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde çalıştırılmış olması halinde bu işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olduğu ve bu işverene ait işyerine iadesinin gerektiği sonucuna varmıştır.

Asıl işverenle alt işveren arasında birden çok işyerinde bazı işlerin gördürülmesi yönünde ayrı ayrı sözleşmeler düzenlenmesi de olanaklıdır. Örneğin asıl işverenin ülkenin birçok işyerinde temizlik işlerinin tek bir sözleşme ile aynı alt işverene bırakılması yada ayrı ayrı birden fazla sözleşmelerle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması mümkündür. Burada, alt işveren işçilerinin "...sadece bu işyerinde aldığı işte ..." çalıştırılması zorunluluğuna dair kanun hükmünün değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten her iki işverenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü birden fazla işyeri bulunmakta olduğuna göre, alt işveren işçilerini bu işyerlerinde zaman zaman değiştirmek suretiyle çalıştırabilecek midir? Bu örnekte münhasıran o işlerde çalıştırma koşulunun alt işverenin tüm işyerleri bakımından geçerli olduğunun kabulü gerekir¹²². Bir başka anlatımla, işverenler arasında birden fazla işyerinde usulüne uygun olarak işin bir bölümünün veya yardımcı işlerin alt işverene bırakılması şeklinde asıl işveren alt işveren ilişkisine girilmişse, alt işveren işçilerinin aynı asıl işverenden alınan değişik işyerlerinde çalıştırılması da olanaklıdır. Bu husus, asıl işveren alt işveren ilişkisini etkilemeyecektir. Ortada tek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi vardır ve işçi bu ilişki

¹²⁰ ÇANKAYA, ÇİL; s. 22.

¹²¹ Yarg. 9 HD., 9.11.2005 T, 2005/30958 E, 2005/35533 K.

¹²² ÇANKAYA, ÇİL; s. 22.

dışındaki işlerde çalıştırılmamıştır. Kanunda asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğuna dair düzenlemeler, işçiyi korumak için getirilmiştir.

II. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN BİLDİRİMİ

Alt işveren Yönetmeliği md.5' e göre; Alt işveren, kendi işyeri için İş K. nun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Madde hükmü şu şekildedir¹²³: “Bu Kanunun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır”.

Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Alt işveren, işyerinin tescili için şekli ÇSGB Bölge Çalışma Müdürlüğüne belirlenen işyeri bildirgesi¹²⁴ ile birlikte 6 ncı maddede belirtilen belgeleri Bölge Çalışma Müdürlüğüne verir. Bu belgeler aşağıda açıklanacaktır.

Bununla birlikte Yönetmelikte asıl işveren – alt işveren ilişkisi ile ilgili olarak şu hükme yer verilmiştir¹²⁵: “Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir.”

Yönetmelikte ayrıca işyeri bildirgesi ile birlikte verilecek olan belgeler belirtilmiştir. Bu belgeler; Tüzel kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi sureti, İmza sirküleri ve Alt işverenlik sözleşmesi ve ekleridir¹²⁶.

¹²³ **4857 Sayılı İş Kanunu**; md:3. (Erişim: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4857.html>, 25.06.2009, 14:30)

¹²⁴ bkz. http://www.cgm.gov.tr/files/isyeri_bildirgesi/isyeribildirgesiformu.xls?category_id=215 .

¹²⁵ **Alt İşverenlik Yönetmeliği**; md.5/3.

¹²⁶ ayr. için bkz. **Alt İşverenlik Yönetmeliği** md. 10/2.

Yapılması gereken bu bildirimle ilgili olarak öngörülen idari para cezası da, 112 TL x İşçi sayısı x Bildirim yapılmayan ay sayısı kadardır ve bildirim yapılmamasını caydırıcı niteliktedir.

III. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ

Alt İşveren Yönetmeliği ile getirilen ve 4857 sayılı İş K. nun belli hükümlerinde değişiklik öngören yeni düzenlemelerden birisi de, asıl işveren – alt işveren arasındaki alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması gerekliliğidir. Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman, çeşitli yorum ve problemlere yol açacağı, yazılı hale getirildiğinde itiraz ve yoruma mahal kalmayacağı yönetmeliğin çıkarılma gerekçelerinde belirtilmiştir.

Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılacak olan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden bu sözleşmede, Yönetmeliğin 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Bu hususlar¹²⁷;

a) *Asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi,*

b) *Asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliği ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olması hâlinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi,*

c) *İşyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu,*

ç) *Alt işverene verilen işin ne olduğu,*

d) *Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama,*

e) *Taraflarca öngörülmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri,*

¹²⁷ Alt İşverenlik Yönetmeliği; md. 10/1.

f) *Alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği,*

g) *Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı,*

ğ) *Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı,*

h) *Alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esasları,*

ı) *Asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası.*

Madde hükmünün devamında ise, “*Asıl işveren tarafından bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde; alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.*” hükmü yer almaktadır. Sözleşmede bulunması gereken hususlara çok dikkat edilmesi gerekmektedir, aksi halde alt işverenle yapılan sözleşmenin geçersiz sayılarak, tüm işçi alacakları (ücret, fazla mesai, tazminatlar, v.s. ile özellikle yatırılmayan sigorta primleri) ile ilgili *bütün sorumluluk asıl işverene ait olacaktır.*

IV. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN BENZER İLİŞKİLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin İş Hukukunda öngörülen bazı ilişkiler ile benzer yanlarının olması nedeniyle, çalışmanın bu kısmında bu ilişkiler ile alt işverenlik ilişkisinin benzerlik ve farklılıkları ortaya konacaktır.

A. TAKIM SÖZLEŞMELERİ İLE

4857 sayılı Kanununun 16/1 maddesine göre *takım sözleşmesi*, birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen¹²⁸ bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yapmış olduğu sözleşmeye denir¹²⁹. Takım sözleşmesinde, takımı meydana getiren işçilerden biri takımı temsilen işverenle bir iş sözleşmesi yapmakta, bu sözleşme ile kendi iş sözleşmesini işverenle doğrudan doğruya yapmış olduktan sonra, B.K. m. 110'a göre başkasının fiilini taahhüt bağlamında takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin gelip işe başlayacakları taahhüdünde bulunmaktadır. Sözleşmede isimleri yazan işçilerin gelip işe başlamasıyla da, işverenle her bir işçi arasında iş sözleşmesi yapılmış sayılmaktadır¹³⁰. Takım liderinin diğer üyelere karşı işveren niteliği bulunmamaktadır. İşveren takım üyelerinin ücretini her birine ayrı ayrı ödemek durumundadır. Takım sözleşmesinin özelliği, işin bir grup işçi tarafından ayrı ayrı sözleşmelerle ve fakat aynı koşullarla görülmesidir. Birinin ifa etmemesi veya kötü ifası, diğerlerinin de ifasını anlamsız kılabilir¹³¹.

Buna karşın alt işverenlik ilişkisinde, asıl işveren ile alt işveren arasında kesinlikle iş sözleşmesi (işçi-işveren ilişkisi) yoktur. Ayrıca alt işverenle kendi işçileri arasında iş sözleşmesi söz konusu olup, alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmaz. Alt işveren işçilerinin ifa etmesi veya kötü ifası halinde, onlar kendi işverenleri olan alt işverene karşı sorumludurlar. İşçilerin işvereni niteliği, onlara karşı tüm işçilik haklarından sorumluluğun da kural olarak alt işverene düştüğünü anlatır. Fakat kanun koyucu bu işçilerin durumunu güçlendirmek için asıl işvereni de müteselsil olarak sorumlu tutmuştur. Oysa takım liderinin takımın diğer üyeleri yönünden böyle bir sorumluluğu yoktur. Alt işveren ilişkisinde alt işveren işçileri alt işverenin ifa yardımcısıdır. Gerektiğinde üçüncü kişilere karşı alt işverenin B.K. m. 55

¹²⁸ TUNÇOMAÇ, CENTEL; s. 74.

¹²⁹ DEMİR; s. 41; ÇELİK; s. 93.

¹³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 283.

¹³¹ AKYİĞİT; s. 111.

ve m.100 uyarınca sorumluluğu bulunmaktadır. Fakat takım sözleşmesinde böyle bir durum yoktur. Takım elemanları takım liderinin ifa yardımcısı değildir.

B. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİLERİ İLE

İş K. nun öngördüğü “geçici iş ilişkisi (sözleşmesi)” (md.7), literatürde “ödünç iş ilişkisi (sözleşmesi” ile ifade edilen deyimın karşılığında kullanılmaktadır. Bunun anlamı, bir işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisinin iş görme edimini, onun da rızasını almak koşuluyla, belirli ve geçici bir süre için diğer bir işverenin emrine vermesidir¹³². Süresi “altı ayı geçmemek” üzere ve “yazılı” olarak yapılması gereken ödünç iş sözleşmesi, “gerektiğinde en fazla iki defa yenilenerek” bir buçuk yıla kadar uzatılabilir (İş K. md.7/2). Ancak, uzatmaların her defasında “işçinin rızasının alınması” suretiyle yapılması şarttır. Kanunda, “devreden (ödünç veren) işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder” denmesine karşın (İş K. md.7/3), işçi ücretlerinin “işveren vey üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceği” (İş K. md32/1) hükmü karşısında, ödünç veren ve alan işverenler arasında anlaşma ve işçinin de rızasıyla ücretin ödünç alan işveren tarafından da ödenmesine bir engel bulunmamaktadır¹³³. Aksi halde “işçinin çalıştığı sürede ödenemeyen ücret ve diğer haklarından her iki işveren de birlikte sorumludur” (İş K. md.7/3). Bir başka deyişle, işçi çalıştığı bu süre içinde doğan işçilik haklarını, kendi ödünç veren işverenden talep edebileceği gibi, ödünç alan işvereninden veya her ikisinden birden isteyebilir. Ancak, işçilik haklarını ödeyen ödünç işverenin ödünç alana karşı rücu hakkı saklıdır¹³⁴.

Alt işveren ilişkisinde, asıl işveren-alt işveren arasındaki sözleşmenin konusu asıl işverenden alınan işin alt işverenin kendi işçileri ile yapımı iken, ödünç iş ilişkisinde ödünç verenin ödünç alana karşı bir işin ifası yükümü yoktur¹³⁵. Alt işveren ilişkisine

¹³² DEMİR; s. 38; SÜZEK; s. 248; Tankut CENTEL; **Kısmi Süreli Çalışmalar**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 62; Ercan AKYİĞİT; **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Kamu-İş Yayınları Cilt:1, Ankara, 1995, s. 11. (Ödünç İş İlişkisi)

¹³³ SÜZEK; s. 250.

¹³⁴ DEMİR; s. 39.

¹³⁵ Yarg. 9. HD., 12.09.2005 T., 2005/23369 E., 2005/29420 K.: “Geçici İş İlişkisi (Ödünç İş İlişkisi) 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni bir sözleşme türüdür. Üçlü bir şekilde ortaya çıkan şirket topluluklarında

genellikle bir eser sözleşmesi temel oluşturur (başka bir sözleşme de olabilir). Fakat ödünç işçi vermede ödünç veren ile ödünç alan arasındaki sözleşme bir işçi verme sözleşmesidir. Alt işverenlikte, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkı uygulayıp onlardan işin ifasını istemesi mümkün değildir. Bu hak veya yetkiler sadece alt işverene aittir ve işveren konumunda bölünme yoktur. Oysa ödünç iş ilişkisinde, işçi ödünç esnasında, işin ifası ile bağlantılı konularda ödünç alanın yönetim yetkisine ve eğer tanınmışsa işin ifasını isteme hakkını kullanma yetkisine tabidir. Ayrıca ödünç alana karşı belli ölçüde sorumluluk ve sadakat gösterme yükümü de taşır. Bu arada onun gerçek işvereni olan ödünç verenin de yönetim/işin ifasını isteme hakkı belli ölçüde devam eder. Keza işçinin ona karşı sadakat borcu da varlığını sürdürür. Yani ödünç iş ilişkisinde işveren fonksiyonlarında bölünme söz konusudur¹³⁶.

Alt işveren işçileri çalışma sırasında sadece alt işverenin ifa yardımcısıdır ve B.K. m. 55 ve 100 uyarınca sorumluluk alt işverene aittir. Buna karşın ödünç işçi ödünç esnasında, ödünç alanın ifa yardımcısı sayılır. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı alt işveren ile birlikte sorumluluğu kanun gereğidir. (m. 2/ VI) Fakat aynı sistemin ödünç esnasındaki işçilik hakları vb. bağlamında ödünç alan için de geçerlilik taşıması gerekmektedir. Ayrıca, alt işverenliğe eser sözleşmesinin vücut verdiği hallerde alt işverenin garanti yükümü ve hesaplaşma durumu söze konu iken, ödünç verenin ödünç

veya holdinglerde vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanmasına yöneliktir. Buna göre, işveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesine göre, toplu taşıma hizmetleri imtiyaz ve tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirilebileceği gibi, toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67. maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirilebilir. Somut olayda, A. Havagazı ve Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü ile B. Ulaşım ve Doğalgaz Hizmetleri Proje Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında Hizmet Alım Sözleşmesi yapılmıştır. Anılan sözleşme ile E. Genel Müdürlüğü bünyesindeki araçlarda 1500 şoför personel çalıştırılmıştır. Davacı da bu işçilerdendir. Bu durumda uyuşmazlığın 4857 sayılı İş K. nun yedinci maddesinde sözü edilen geçici iş ilişkisi bağlamında çözümü gerekir. Aynı Kanun'un 2/V1. maddesinde sözü edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu uyuşmazlıkta uygulama yeri yoktur. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi geçici iş ilişkisidir.”

¹³⁶ AKYİĞİT; s. 113.

alana karşı işçinin niteliği vs. noktasında kendiliğinden bir garanti yükümü yoktur. Ancak bunun aksi kararlaştırılabilir¹³⁷.

C. İŞ ARACILIĞI İLE

Uygulamada alt işverenlik ilişkisi ile en çok karıştırılan, iş aracılığıdır. Birçok alt işverenlik sözleşmelerinde "hizmet alımı sözleşmesi" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Oysa ki bu iki müessese birbirinden çok farklıdır. İş aracılığı denince; iş arayana iş, işçi arayana işçi temin etmeye yönelik bir faaliyet anlaşılmaktadır. Bunun yurt içi - yurtdışına, arızı veya sürekli, ücretli- ücretsiz, devlet, tüzel veya gerçek kişi ve kuruluşlarca gerçekleştirildiği bilinmektedir. İş aracısının fonksiyonu; iş arayanla işçi arayanı bir araya getirmekle son bulur, bunlar arasında hizmet akdi yapılması zorunluluğu yoktur. Aracı ile taraflardan hiçbirisi arasında hizmet veya istisna akdi ilişkisi kurulmamakta olup B.K. da düzenlenen "Tallallık" söz konusu olabilir. Aracının daha sonra aracılığını yaptığı gerek işçi ve gerek işverene karşı bir edim sunması söz konusu değildir. Oysa ki alt işveren, asıl işverenin işinin (işyerinin) bir bölümü ve eklentilerinde iş almakta ve bu işi kendi işçileri ile yerine getirmektedir. Alt işverenin amacı kendi işçileriyle asıl işveren arasında hizmet akdinin kurulması olmadığı gibi asıl işverenin niyeti de bu doğrultudadır. Son yıllarda alt işverenliğe sıkça başvurulmasının nedeni işin asıl sahibi olan asıl işverenin, işin bir bölümü ve eklentilerinde kendisiyle hizmet akdi ilişkisi bulunmayan işçiler, başka bir anlatımla alt işverenin işçileri vasıtasıyla işlerin yapılmasını temin etmektir. Alt işveren işçilerine karşı işverenlik sıfatından doğan sorumlulukları mevcutken, iş aracısının, aracılığı ile işe giren işçiye karşı sorumluluğu söz konusu değildir¹³⁸.

D. İŞÇİ VE İŞVEREN VEKİLİ İLE

Alt işverenin, asıl işverenden iş alması ve bunu asıl işverenin işyeri/iş organizasyonu içinde yerine getirmesi, onun asıl işverenin işçisi yahut işveren vekili

¹³⁷ AKYİĞİT; Ödünç İş İlişkisi, s. 13.

¹³⁸ ÇANKAYA; s. 6.

olguları ile karıştırılmasına yol açabilir. Ancak alt işverenin asıl işveren karşısındaki konumunun işçi veya işveren vekili değil, bağımsız bir işverenlik olduğu muhakkaktır. Zira alt işveren bu işi işçi sıfatıyla ve iş sözleşmesi ile değil bağımsız hizmet sunan bir işveren konumu ile almaktadır ve aralarında da genellikle eser, taşıma, kira vs. gibi bir hukuki ilişki söz konusudur¹³⁹.

Alt işveren, asıl işverenin emir ve talimatlarına göre değil sözleşmede belirlenen esaslara göre iş görür. Alt işverenin gerçek ya da tüzel kişi olması mümkün iken işçinin tüzel kişi olması mümkün değildir. Alt işverenin asıl işverene karşı bağımsız olup işi onun değil bizzat kendi adına yapması ve yanında çalıştırdığı işçilere karşı kendine ait bağımsız bir işveren yetkisi kullanması da onun asıl işverenin işveren vekili olmadığını da ortaya koymaktadır^{140 141}.

V. ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

Alt işverenin, işveren olması nedeniyle, kendi işçileri karşısındaki hukuki sorumluluğu, genel olarak işverenin sorumluluğuna ilişkin kurallara tabidir. Bu bakımdan farklı ve ayrık bir hukuksal durum bulunmamaktadır. Buna karşılık kanun, alt işverenle ilişki kurulması halinde, asıl işverenin kendi işçilerine karşı olan sorumluluğu yanında, alt işveren işçileri ile ilgili olarak alt işverenler birlikte sorumluluğunu öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla, birlikte (müteselsil) sorumluluk, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin önemli sonuçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Tabii burada söz konusu olan birlikte sorumluluk, “cezai” sorumluluğu kapsamaz; aksi halde bu tür bir uygulama Ceza Hukuku’ nun “cezaların kişiselliği” ilkesine aykırı olmaktadır. Burada söz konusu edilen birlikte sorumluluk, “hukuki” sorumluluktur. Bu tür sorumlulukta, bir borçtan sorumlu olan birden fazla kişi, borcun tamamından ve aynı derecede sorumludur.

¹³⁹ DEMİRCİOĞLU, CENTEL; s. 52.

¹⁴⁰ CANBOLAT; s. 35.

¹⁴¹ Yarg. 9. HD. 30.6.1999 T. 1999/10214 E.,1999/11900 K.: “Her işveren gibi kamu kuruluşları da kimi işleri veya işyerinin bir bölümünü bir başka işverene devredebilirler. Ancak böyle bir devir durumunda işçi çalıştıran işverenin emir ve talimat verme hakkı tamamen kendisine ait olmalıdır. Aksi durumda işçi çalıştıran gerçek ya da tüzel kişinin, alt işveren değil bir tür işveren vekili olduğunun kabulü gerekir.”

A. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Asıl işverenin birlikte sorumluluğunun, müteselsil sorumluluk olduğu yukarıda belirtilmişti¹⁴². Müteselsil borç, alacaklının, birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların tamamının sorumlu olduğu borç ilişkisidir. Başka bir deyişle, birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından şahsen sorumlu olduğu ve içlerinden yalnız birinin borcu ifa etmesiyle diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borca, müteselsil borç denir¹⁴³.

Müteselsil borç hukuki bir işlemde ya da kanundan doğmaktadır. Bu husus B.K. 141. maddede açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, alacaklıya karşı her biri borcun tamamından sorumlu olma yükümü altına girdiklerini beyan eden birden çok borçlu arasında teselsül vardır. Böyle bir beyanın mevcut olmaması halinde teselsül ancak kanunun öngördüğü hallerde olur.

Alacaklı alacak hakkının tamamını veya bir kısmını borçluların tamamından, bir kaçından veya yalnız birinden talep edebilir(B.K. md. 142/I). Alacaklı bu talebini borçlulara karşı aynı anda yapabileceği gibi, art arda da yapabilir¹⁴⁴. Ancak bunun için borcun muaccel olması gerekir. Aynı şekilde, alacaklı isterse borçluların tamamını, bir kısmını veya yalnız birini, borcun tamamı veya bir kısmı için aynı anda veya art arda dava edebilir. Borçluların alacaklıya karşı sorumluluğu borçlanılan edimin tamamen ifasına kadar devam eder(B.K. md. 142/II).

Alacaklının tatmin edilmesinden sonra müteselsil borçlulardan her birinin borcu hangi oranda paylaşacağı, aralarındaki iç ilişkiye göre belirlenir. Payından fazla ödemede bulunan borçlu, bu fazlalık oranında diğerlerine rücu etme hakkına sahiptir. Burada Kanun, müteselsil borçlular arasında, kanundan doğan bir rücu hakkı

¹⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 140.

¹⁴³ Fikret EREN; **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 118.

¹⁴⁴ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP; **Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 296.

öngörmüştür. Borçlulardan birinin diğere borçlulara karşı rücu hakkının doğması için, borcun tamamını veya en azından payından fazlasını ödemiş, alacaklıyı tatmin etmiş olmalıdır. Bu düzenleme düzenleyici bir hukuk kuralı olup, taraflar aralarında bunun aksini kararlaştırabilirler.

B.K. m. 147/I, ödemede bulunan müteselsil borçlunun durumunu kuvvetlendirmek, rücu hakkını daha kuvvetli kılmak için ona, tatmin ettiği alacaklıya halef olma hakkını tanımıştır. Gerçekten, sözü geçen maddeye göre, ödemede bulunan ve rücu hakkından yararlanan borçlu, ödediği borç oranında alacaklının haklarına halef olur, onun yerine geçer. Halefiyet, alacaklıya ait hakların alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde rücu hakkına sahip müteselsil borçluya geçmesidir. Bu suretle müteselsil borçta ifa, asıl alacağın ortadan kalkması değil, rücu hakkına sahip borçluya geçmesi sonucunu doğurur.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluğun niteliği hakkında doktrinde iki görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan birisi bu sorumluluğunun kanuni sorumluluk olduğu yönünde, diğeri ise borç ilişkisi olduğu yönünde ele alan görüştür.

İş Hukuku doktrininde yazarların birçoğu¹⁴⁵, asıl işverenin alt işverenle beraber müteselsil sorumlu olmasını kanuni düzenlemelere (İş K. m.2/6, SSK. m. 87) dayandırmışlardır.

Kanuni sorumluluk görüşünü savunan yazarlar, müteselsil sorumluluğu kanun koyucunun alt işveren işçisinin işçilik haklarını korumak amacıyla düzenlendiğini ve asıl işverenin, alt işveren işçilerinin haklarından müteselsilen sorumlu olabilmesi için, alt işverenin işçilerinin münhasıran asıl işverene ait işyerinde çalışmalarını gerektiğini ileri

¹⁴⁵ Ali GÜZEL; **İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, İstanbul, 1997, s.126-129 (Sosyal Güvenlik); OĞUZMAN; s. 11; ELBİR; s. 35; NARMANLIOĞLU; s. 115-116; Tankut CENTEL; **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, 1992, s. 67 (İş Hukuku); CANBOLAT; s. 70 ;ÇELİK; s. 51; Mustafa ÇENBERCİ; **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1985, s. 597; Turhan ESENER; **İş Hukuku**, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 78;

sürmektedirler¹⁴⁶. Müteselsil sorumluluğu tamamen kanuna dayandıran söz konusu yazarlar münhasıran çalışmaya farklı anlamlar yüklemiştir.

Daraltıcı görüşe göre¹⁴⁷, alt işverenin tüm işçilerinin sadece asıl işverenin işyerinde çalışması halinde müteselsil sorumluluk doğacağını belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle, alt işveren işçilerinin bir kısmı bir başka işverenin veya alt işverenin kendi işyerinde çalışıyor ise o halde, asıl işveren alt işverenin işçileri nedeniyle müteselsil sorumlu değildir. Genişletici görüşü savunan yazarlar¹⁴⁸ ise, münhasıran çalışmanın dar olarak anlaşılmasının kanun koyucunun amacına ters düşüğünü ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre "münhasıran çalıştırmadan" anlaşılması gereken alt işveren işçilerinin bir kısmının yalnızca asıl işverenin işyerinde çalışması yeterlidir/gereklidir. Yoksa alt işverene ait diğer işçilerin bir başka işverenin işyerinde veya alt işverenin kendi işyerinde çalışmaları, asıl işverenin işyerinde münhasıran çalıştırılan alt işverenin işçilerinden asıl işverenin müteselsilen sorumlu olmayacağı sonucu çıkarılamaz.

Borç ilişkisi görüşüne göre¹⁴⁹, Borçlar Hukukundaki klasik sözleşme kurumundan edimden bağımsız borç ilişkisine doğru hukuk görüşlerinin doktrinde ve yargı kararlarında yer bulmasına paralel olarak, İş Hukukunda da klasik hizmet sözleşmesinden iş ilişkisine doğru bir gelişme yaşanmaktadır. Bu nedenle sosyal temas sonucu ortaya çıkan güven ilişkisinin edim ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi kurduğunu belirtmektedir. Burada sosyal temasın kurulmasında amaç bir hukuki ilişki kurmak olup olmamasının öneminden çok, hukuken korunmaya değer bir amaca yönelik olmasıdır. Buradan yola çıkarak alt işveren işçileri asıl işverenin işyerinde çalışmakla asıl işverenin işyerine dahil olarak asıl işverenle sosyal bir temasa girmektedir. Bu sosyal temas ise, asıl işverenin işyerinde alt işveren işçilerine karşı koruma yükümlülüğünü içeren güven ilişkisini ortaya çıkarmaktadır. Buradaki sosyal temasın yoğunluğuna göre koruma yükümlülüğünün içeriği belirlenmelidir. Yine bu görüşe göre, çalışma ilişkisi ile

¹⁴⁶ ÇELİK; s. 51; AKYİĞİT; s. 84; CANBOLAT; s. 70; CENTEL; İş Hukuku, s. 66.

¹⁴⁷ ESENER; s. 78; NARMANLIOĞLU; s. 115.

¹⁴⁸ SÜZEK; s. 166; ŞAHLANAN; Alt İşveren, s. 327.

¹⁴⁹ İbrahim AYDINLI; **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 175.

ortaya çıkan sosyal temasın veya bir başka anlatımla iş ilişkisinin normal bîr sosyal temastan daha fazla yoğunluk arz ettiği unutulmamalıdır¹⁵⁰.

B. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI VE KAPSAMI

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde birlikte sorumluluk 4857 s. İş K. nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur.” Görüldüğü üzere, birlikte sorumluluk, maddede üç unsur dikkate alınarak ele alınmıştır. Bunlar “İş Kanunundan”, “İş Sözleşmesinden” ve “Alt İşverenin Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinden” doğan yükümlülüklerdir. Buna göre, alt işverenin işçisi İş K. dan, alt işveren ile arasındaki iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını her iki işverenden de ayrı ayrı veya birlikte isteyebilecektir¹⁵¹. 1475 sayılı K.dan farklı olarak, asıl işverenin, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden de sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Birlikte sorumluluğun kapsamı, ilk olarak, alt işverenin işçileri ile ilgili olarak sadece o işyerinde ve orada çalıştıkları süre ile sınırlıdır¹⁵². Asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumluluğu, işin alt işverene verildiği tarihten itibaren başlayacaktır¹⁵³. Aynı şekilde, alt işveren o işyerindeki işini bitirmesi veya herhangi bir şekilde ayrılması halinde sorumluluk kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı Kanunun öngördüğü şekilde birlikte sorumluluğu, süre yönünden, asıl işverenden iş alan alt işverenin işe başlama tarihi ile bitirme (ya da bırakma) tarihi arasındaki zaman ile sınırlıdır. Ayrıca, alt işverenin daha önce ve devamlı olarak çalıştırdığı işçiler de bu sorumluluğun kapsamı dışındadırlar.

¹⁵⁰ Aydın BAŞBUĞ; “**Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar**”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:4, S:3, 1998, s. 70.

¹⁵¹ SÜZEK; s. 164; Fevzi ŞAHLANAN; **Yeni İş Yasası**, TTŞÇVCSİS Yayını, 25-29 Haziran, Çeşme, 2003, s.27 (Yeni İş Yasası); ÇANKAYA, ÇİL; s. 29.

¹⁵² EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, s. 38.

¹⁵³ DEMİR; s. 15.

Asıl işverenin birlikte sorumluluğunun diğer bir sınırı ise, alt işverenin kendi işçilerine karşı sorumluluğunun kapsamıdır¹⁵⁴. Alt işverenin işçileri, asıl işverenden ancak kendi işverenleri olan alt işverenden isteyebileceği hakları isteyebilecektir. Bunun dışına çıkarak, alt işverenin sorumluluğunun dışındaki bir hak talebi asıl işveren açısından da geçerli olmayacaktır.

1. İş Kanunu'ndan Doğan Yükümlülükler

İş K. dan doğan yükümlülükler denildiği zaman ilk akla gelen işçi hakları; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücretleri, hafta tatili ücretleri, ulusal bayram tatili ücretleri, yol yardımı, ikramiye, prim, iş güvencesi hükümleri uyarınca doğan tazminatlar ve yıllık izin ücretleridir¹⁵⁵. Alt işveren işçilerinin hak kazandığı bu gibi hakların alt işveren tarafından yerine getirilmemesi halinde, işçiler bu haklarını her iki işverenden de talep etme hakkına sahiptirler. Bu derece geniş hakları içeren müteselsil sorumluluk söz konusu olduğuna göre, asıl işverenin bazı hakların ödenip ödenmemesi ile ilgili alt işvereni kontrolü gerekebilecektir. Örneğin, işçilerin sigorta primlerinin ödenip ödenmediği, asıl işveren tarafından izlenmesi uygun olabilir. Çünkü kendisinin de bu konuda sorumluluğu bulunmaktadır.

İş K. dan doğan yükümlülükler kavramı, gerçekten geniş bir kavramdır. İş K. da bulunan birçok hüküm diğer kanunları da ilgilendirdiğinden, bu kanunlardan doğan haklar da, İş K. dan doğan yükümlülükler kavramı içerisinde yorumlanmaktadır. Bu nedenle, asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı da genişler.

Örneğin, 2821 sayılı Sen. K. da düzenlenen sendikal tazminata hak kazanan alt işveren işçisi, bu hakkını asıl işverenden talep edebilecek midir? 4857 sayılı İş K. nun 5. maddesinde, işverenin eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi halinde ise, işveren bazı yaptırımlara tabi

¹⁵⁴ Osman Güven ÇANKAYA, **Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı**, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Aydın Özkula'ya Armağan, Kamu-İş Yayını, 2002, s.23 (Armağan).

¹⁵⁵ ÇANKAYA, ÇİL; s. 29.

olmaktadır. Bunlardan biri de, sendikal tazminattır. İşte bu gibi nedenlerle, başta 2821 sayılı K.'da düzenlenen sendikal tazminattan asıl işverenin sorumlu olmayacağı gibi bir düşünce belirse de, İş K.'nun, bu Kanuna yaptığı atıf nedeni ile, asıl işveren bu tazminattan da, alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır. Nitekim bu husus Yargıtay'ın önüne bir uyuşmazlık olarak gelmiş ve bu uyuşmazlık, asıl işverenin sendikal tazminattan sorumlu olacağı yönünde karara bağlanmıştır¹⁵⁶.

Birlikte sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda uğrayacakları zararda ortaya nasıl bir sonuç çıkacağıdır. Eğer asıl işveren, alt işveren işçilerinin çalıştığı işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaz ise, o halde alt işveren işçileri haksız fiile göre değil, asıl işverene karşı aralarında mevcut olan borç ilişkisine dayanarak sözleşmenin ihlali hükümlerinden yararlanırlar. Alt işveren işçisinin asıl işverenle iş ilişkisi nedeniyle kurduğu bu ilişkinin işçiler yönünden de yükümlülükler doğurduğu ve bunun en iyi örneğinin işyerinin genel düzenine uyma borcu olduğu yine doktrinde ileri sürülmüştür¹⁵⁷. Bu görüşe göre, asıl işveren işyerinin genel düzenine uyma ya da asayışı bozmama gibi konularda alt işveren işçilerinden gerekli özeni beklemekte haklı olup bununla ilgili emir ve talimatlara alt işveren işçilerinin uyması gerekir. Eğer alt işveren işçileri bu davranış yükümlülüklerine aykırı davranırlarsa, nasıl alt işveren işçileri asıl işverene karşı yükümlülüklerin ihlal edilmesinde hak talep edebiliyorlar ise buna karşılık asıl işveren de alt işveren işçilerine disiplin cezası hükümlerini uygulayabilmelidir.

Bir diğer görüşe göre¹⁵⁸ ise, asıl işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya fiziken etkili ve hukuken yetkili tek kişi asıl işverendir. Çünkü söz konusu işyerinde alt işverenden bu önlemleri almasını beklemek veya yükümlülüğü ona yüklemek bir başkasının işyerinde bu anlamda tasarruf etme hakkının kullanılmasını zorlaştırmak anlamına geleceği gibi bu hakkaniyete de aykırıdır. O halde bu önemlerin

¹⁵⁶ Yarg.9.HD., 27.12.2004, E.2003/15922, K.2004/5455.

¹⁵⁷ BAŞBUĞ; s. 73.

¹⁵⁸ Nuri ÇELİK., “Aracı İşveren İşçisinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”, İş ve Hukuk Dergisi, No:4, 1988-1989. (İş ve Hukuk Dergisi)

etkili biçimde alma yetkisi kime ait ise, bununla ilgili sorumluluğun da söz konusu kişiye yüklenmesinde hukuken bir sakınca olmaması gerekir.

2. İş Sözleşmesi'nden Doğan Yükümlülükler

4857 sayılı İş K.'nun 8/I. maddesinde “İş sözleşmesi bir tarafın (işçi) devamlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir.” hükmü yer almaktadır (İş.Y.md.8/f.I). Madde metninden anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin temel esaslarından biri, işçiye ödenecek ücretin belirlenmesidir. Bu sözleşme ile belirlenen ücret yükümlülüğünden dolayı asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumludur. Yine burada da, alt işveren işçisi bu hakkını her iki işverenden de isteme hakkına sahiptir. İş sözleşmesinden doğan işçi hakları ücretle sınırlı değildir. Bunun yanında, sözleşme ile belirlenmiş yakacak yardımı, giyim yardımı, kira yardımı gibi yükümlülüklerden de asıl işveren alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

3. Alt İşverenin Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesi'nden Doğan Yükümlülükleri

1475 sayılı İş K. dan farklı olarak, 4857 sayılı İş K. ile, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerden de asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu tutulması esas benimsenmiştir. Buna göre, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi ile alt işveren işçisine tanınmış haklardan her iki işveren de sorumlu olacaktır. Örneğin; toplu iş sözleşmesi ile, fesih bildirim süreleri uzatılmıştır. Alt işveren, bu toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçisinin iş sözleşmesini bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödeyerek feshederken eksik ödeme yaptığı takdirde, işçi bu eksik ödemeyi her iki işverenden de talep edebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, birlikte sorumluluk kapsamında bulunan toplu iş sözleşmesinin, alt işveren (ya da yetkili işveren sendikası) ve yetkili işçi sendikası arasında yapılmış olmasıdır. Aksine, asıl işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden alt işveren

işçilerinin yararlanması mümkün değildir¹⁵⁹. Çünkü asıl işveren ile alt işverenin işyerleri hukuken iki farklı işyeridir¹⁶⁰. Ancak bu konu hakkında Yargıtay, eski yıllarda farklı düşünmekteydi¹⁶¹.

Yargıtay'ın bu kararı doktrin tarafından da eleştirilmişti. EKONOMİ' ye göre¹⁶², Yargıtay, öncelikle toplu iş sözleşmesinin tarafları yönünden hataya düşmüştür. İşçinin alt işverenin işçisi kabul edildiği halde, salt sözleşmeye taraf olan işçi sendikasına üye olmakla, kendi işverenin taraf teşkil etmediği bir toplu iş sözleşmesinden yararlanması öngörülmekte ve bu “bağlılık ilkesine” dayandırılmaktadır. Toplu iş sözleşmesi, bu sözleşmeye taraf olan kişilerle, onların üyelerini ve çalıştırdığı kimseleri bağlar. Asıl işveren ile yapılmış olan bir toplu iş sözleşmesinde, sadece ona iş sözleşmesi ile bağlı olan kendi işçileri hakkında uygulanabilir. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında bir hizmet sözleşmesi olmadığı için, bu işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi mümkün değildir Bu eleştiriler doğrultusunda, Yargıtay zaman içerisinde bu görüşünü değiştirmiş ve asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden alt işveren işçilerinin yararlanamayacağını kabul etmiş ve bu karar Yargıtay'ın istikrar kazanmış görüşlerinden olmuştur¹⁶³.

Burada tartışma yaratabilecek ve uygulamada bazı problemler ortaya çıkarabilecek bir durum da asıl işverenin, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmasıdır. Düzenleme her ne kadar işçi haklarını korumaya yönelik olsa da asıl işveren açısından ağır sonuçlar doğurabilecektir. Şöyle ki, alt işveren her nasıl olmuşsa her iki işverene de çok ağır borçlar yüklemiş bir toplu iş sözleşmesi imzalamışsa asıl işveren de

¹⁵⁹ Y.HGK.,6.6.2000, E.2001/9-711, K.2001/820; Y.9.HD., 25.3.2004, E.2003/16528, K.2004/5827.

¹⁶⁰ Safa REİSOĞLU; “**Aynı İşyerinde Birden Çok İşverenin İşçilerinin Birlikte Çalışmasından Doğan Hukuki Sorunlar**”, TÜHİS, Kasım 1990, s.7 (TÜHİS); GÜNAY; Konferans, s. 28; Nuri ÇELİK; **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları**, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s. 169 (Armağan); CANBOLAT; s. 86. TUNCAY; s.10.

¹⁶¹ Yarg. HGK' nun 1985 ve 1987 tarihinde verdiği kararlarda, asıl işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçilerinin de yararlanabileceğine hükmedilmiştir. (Y.HGK., 18.12.1985, E.1985/9-737, K.1985/1108)

¹⁶² EKONOMİ; Alt İşveren, s. 5.

¹⁶³ Y.HGK., 14.11.2001, E.2001/9-711, K.2002/820; Y.9.HD. 23.9.1996, E.1996/16162, K.1996/17617.

büyük borçlar altına girebilecektir. Özellikle değinmek istediğimiz konu, alt işverenin kasıtlı olarak asıl işvereni zarara uğratmak suretiyle hareket ettiği durumlarda asıl işvereni koruyan bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bu düzenlemenin neler getireceği uygulamada daha iyi görülecektir.

C. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

1. İşçi Açısından

İşçi açısından ele alınabilecek konuların başında işçinin işe iadesi gelmektedir. Söz konusu davanın işçi tarafından sadece asıl işverene yöneltilmesi doğru olmaz. Zira işçi, alt işverenin işçisidir, iş sözleşmesi ile alt işverene bağımlıdır ve dava açma ölçütü olarak aranan 30 işçi sayısında alt işveren işçilerine dahildir¹⁶⁴.

Yargıtay, asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı ileri sürülmiyorsa, sadece asıl işverene karşı açılan davanın husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerekeceğine karar vermiştir¹⁶⁵. O halde, işe iade davası dışında kalan davaların kanun gereği müşterek müteselsil sorumluluğu bulunan asıl işveren-alt işverenden herhangi birine açılması mümkün olduğu halde, işe iade davasının özelliği gereği salt asıl işveren dava edilemeyecektir¹⁶⁶. Bu durumda davanın, alt işverene karşı veya alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılması gerekir. Ancak her iki işverene karşı birlikte dava açılabilmesi için fesih anında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı gerekir. Yoksa söz konusu ilişkinin bitiminden sonra, iş sözleşmesinin feshinde ortada tek bir işveren olduğundan, davanın bu işverene karşı açılması zorunludur. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır¹⁶⁷. İşe iade davasının her iki işverene birlikte açılması halinde de işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir.

¹⁶⁴ ÇANKAYA, ÇİL; s. 35.

¹⁶⁵ Osman Güven ÇANKAYA, Cevdet İlhan GÜNAY, Seracettin GÖKTAŞ; **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Ankara, 2005, s. 623.

¹⁶⁶ Yarg. 9. HD 8.4.2005 T., 2005/12685 E., 2005/14899 K.

¹⁶⁷ ÇANKAYA, GÜNAY, GÖKTAŞ; s. 629.

Asıl işveren-alt ilişkisinde işe iade kararı üzerine, işçinin alt işverene süresi içinde başvurması gerekir. Asıl işverene yapılacak olan başvuru sonuç doğurmayacak ve yasal başvuru yerine geçmeyecektir. Zira, işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işverenin böyle bir sorumluluğu yoktur. Asıl işveren sadece alt işverenin ödemek zorunda kalacağı işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti yönünden alt işverenle birlikte sorumludur.

İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işe başlatılması için başvurusunun ardından en olağan olan, asıl işverenden alınan işte işçinin alt işveren işçisi olarak işe başlatılmasıdır. Devam eden asıl işveren alt işveren ilişkisinde, işçinin başvurusuna rağmen asıl işverenden alınan işte çalıştırılması yerine, alt işverenin başka bir işyerinde görevlendirilmesi halinde de, işçi eski işine iade edilmemiş olmaktadır. Bu durumda başka bir işte çalışmaya devam eden işçinin hukuki durumunu tespit etmek gerekir. İşçi, işe iade sonrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olduğu işyeri yerine, alt işverenin bir başka işyerinde görevlendirilmiş ve bu yerde çalışmayı kabul etmişse, eski işine iade edilmediği için iş ilişkisinin sona erdiği ve taraflar arasında yeni bir iş ilişkisi kurulduğu düşünülebilir. Ancak bütün bu gelişmelerin işe iade kararı sonrası bir prosedür izlenerek ortaya çıkması ve işçinin de diğer bir işyerinde görevlendirilmeye karşı çıkmaması karşısında asıl olanın işçinin işe iadesi ve yeni yerdeki çalışmasının önceki iş ilişkisinin kapsamında olduğu şeklindeki yorumun daha isabetli olacağı ileri sürülmektedir¹⁶⁸. Bu örnekte asıl işverenin işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğü de doğmayacaktır. Ancak, işe iade sonrasında işçinin alt işverenin başka bir işyerinde işe başlatılması halinde bunun, önceki iş ilişkisinin devamı niteliğinde olmadığı ve yeni bir iş ilişkisi olduğu yönünde işçi ve işveren arasında açık bir anlaşmanın varlığı kanıtlanabiliyorsa, işçi eski işine iade edilmemiş olmaktadır ve bu noktada asıl işverenin de alt işverenle birlikte işe başlatmama tazminatından sorumlu olduğu düşünülmelidir. Başvuru anında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesi ve alt işverenin başka bir işyerinin olmaması halinde esasen mevcut mahkeme kararına rağmen işçinin işe iade edileceği bir işyeri kalmamıştır. Bu durum işverenin işe iade

¹⁶⁸ ÇANKAYA, ÇİL; s. 39.

aşamasına gelindiğinde işyerini kendiliğinden kapatmış olması veya resmi kurumlarca faaliyetinin durdurulmuş olunması halinde de söz konusu olur. B. K.nun 117. maddesinde öngörülen "borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur" hükmünden yola çıkılarak işçinin işe iade kararı yerine getirilemeyeceği ve işe başlatmama tazminatının ortadan kalkacağı söylenebilecek midir? İşçinin fesih bildirimine itirazı sonrasında verilen feshin geçersizliğine dair kararlar tespit niteliğindedir. Alt işverenin işe başlamak için işçinin başvurusu üzerine bir işyerinin olmaması işe iadeye engel oluşturur ise de, işe başlatmama tazminatının sakıt olmasını gerektirmez. Zira 4857 sayılı İş K. işe iade konusunda işverene seçimlik bir hak vermiştir. İşe iade imkanının olmaması, diğer seçeneğin ortadan kalkması anlamında değerlendirilmemelidir¹⁶⁹.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından, asıl işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olup olmayacağı da önem arz etmektedir. Zira işçinin iş sözleşmesi, alt işverence işe başlatılmayacağına açıklandığı ya da bir aylık işe başlatma süresinin bitiminde son bulur. İşe başlatmama tazminatı da bu anda doğmaktadır. Oysa bu tazminatın gerçekleştiği tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin doğmuş bulunan yükümlülükleri ile sınırlıdır. İlişkinin hüküm sürdüğü dönem içinde böyle bir tazminat doğmamıştır. Bu gerekçelerden hareketle, işe başlatmama tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için, işçinin bu tazminata hak kazandığı tarih olan işe alınmama tarihinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı şart olduğu söylenebilir. Yine asıl işverenin dört aya kadar boшта geçen süreye ait ücretlerden sorumlu olduğunun kabulü gerekirse de, bu alacağa hak kazanma tarihi de işçinin işe başlatılması için başvuru tarihi olduğuna göre, en az bu tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı şarttır. Boшта geçen süre ücreti yönünden, feshi izleyen süre içinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü süre ile sınırlı olarak, asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu tutulması da bir başka düşünce olarak ileri sürülebilir. Bu konular üzerinde henüz doktrinde yeterince durulmadığı gibi verilmiş bir Yargıtay kararı da bulunmamaktadır.

¹⁶⁹ ÇANKAYA, ÇİL; s. 40.

Diğer bir sorun ise, işe başlatma aşamasına gelindiğinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesi ve işçinin bu nedenle eski işi yerine alt işverenin başka bir işyerinde işe başlatılması halinde ortaya çıkar. Gerçekten işçinin eski işine iadesi imkanı kalmamıştır. Bu durumda alt işverenin diğer bir işyerinde işe başlatması, fiili durum olarak işçinin eski işine iadesi şeklinde değildir. Alt işverenin işçiyi aynı yada benzer işlerde çalışmak kaydıyla ve iş koşullarında ağırlaştırma anlamına gelmeyecek şekilde alt işverenin diğer işyerinde başlatması, işe iade kararının yerine getirilmesi olarak algılanmalıdır¹⁷⁰. Asıl işverenin feshe bağlı haklar olan ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretinden sorumluluğu da bu hakların doğduğu anda asıl işveren-alt işveren arasından bu ilişkinin varlığı halinde mümkün olacaktır. Bu noktada, işe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmadığı tarihte, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermişse, asıl işverenin ihbar kıdem tazminatları ile izin ücretinden sorumluluğu dahi söz konusu olmayacaktır. Zira, işe iade kararı ve işçinin süresi içinde işe başlamak için başvurusu halinde önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, işçinin işe başlatılmadığı tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermişse, feshe bağlı haklardan asıl işverenin sorumluluğu da düşünülemez.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin değişmesi de mümkündür. Asıl işverenin işyerini 4857 sayılı İş Kanununun altıncı maddesi uyarınca başka bir işverene devretmesi ve alt işverenin ihale konusunu oluşturan işleri aynı şekilde yapmaya, hak edişleri almaya devam etmesi halinde, devreden ve devralan işverenler arasında hukuki ilişkinin ve işçilere karşı sorumluluğun belirlenmesi gerekir. İşyeri devrini düzenleyen 4857 sayılı İş K. da, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin işyeri devrine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak altıncı maddede yer alan "...mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralana..." geçeceğine dair düzenleme, alt işveren işçileri ile asıl işveren arasındaki hukuki ilişkinin, devralan asıl işverenle aynen devam edeceğine işaret etmektedir. Sorun daha çok işe iade davalarında ortaya çıkabilecektir. İşçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte mevcut olan asıl işveren, daha

¹⁷⁰ ÇANKAYA, ÇİL; s. 40.

sonra işyerini devretmiş olabilir. Bu arada, işe iade kararı üzerine işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işe başlatılmadığı tarihte feshedilmiş sayılacağından, işe başlatmama tazminatından sorumluluk alt işverenle birlikte bu işçinin çalıştığı sırada mevcut olmayan son asıl işverene ait olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun altıncı maddesinde devreden işverenin de iki yıl süreyle devralanla birlikte sorumluluğu öngörülmüşse de, bu birlikte sorumluluk devir anında doğmuş bulunan borçlarla ilgilidir¹⁷¹. Devir anında devreden işveren yönünden doğmamış olan işe başlatmama tazminatı ve yine boşa geçen süre ücreti için devralanla birlikte sorumluluk düşünülemez.

2. Alt İşveren Açısından

Müteselsil sorumluluk esaslarına göre (BK m. 50-51) asıl işverenin, işçiye yaptığı ödeme miktarınca alt işverene rücu hakkı bulunmaktadır. B.K. m. 147/I, ödemede bulunan müteselsil borçlunun durumunu kuvvetlendirmek, rücu hakkını daha kuvvetli kılmak için ona, tatmin ettiği alacaklıya halef olma hakkını tanımıştır. Buna göre, ödemede bulunan ve rücu hakkından yararlanan asıl işveren, ödediği borç oranında işçinin haklarına halef olur, onun yerine geçer. Kanundan doğan bu sorumluluklarını hafifletmek amacıyla uygulamada kimi işverenler, alt işveren çalıştırdıkları takdirde, onlarla yaptıkları istisna, nakliye veya kira sözleşmelerine işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini kontrol yetkisi veren hükümler koymaktadırlar.

¹⁷¹ Münir EKONOMİ; “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2000, s. 331. (İşyerinin Devri)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN

MUVAZAA YA DAYANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. MUVAZAA KAVRAMI

Muvazaa, bir hukuki ilişki taraflarının dışarıya karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak konusunda anlaşmalarıdır. Bu anlamda muvazaa, tarafların açıkladıkları irade ile gerçek ve ortak iradeleri arasında bilerek ve isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluktur. Böyle bir durum karşısında, uyuşmazlık çıktığında, hakim, tarafların dışarıya yansıttıkları iradelerin değil ve fakat gizledikleri gerçek ve ortak iradelerini belirlemek suretiyle sorunu çözer (B.K. m.18).

Çalışma yaşamında sıkça görülmeye başlanan alt işverenliğin, kimi işyerlerinde hileli veya muvazaalı olarak uygulandığı ve işçilerin bu yolla sömürüldüğü inkar edilemez bir gerçektir. Bu nedenle yargı kararlarında, “uzun bir süredir aynı işyerinde çalışan işçiler, müteahhitler değiştiği halde çalışmalarına devam emekte iseler, işe alma, ücret tespiti, sözleşmelerinin feshedilmesi, yıllık izinlerin kullanılacağı tarihlerin belirlenmesi gibi hususlar işyerinin sahibinin yetkisi altında ise, işin ifası için gerekli olan her türlü araç ve gereç işyeri sahibi tarafından karşılanmakta ise” asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna karar vermektedir¹⁷². Yargıtay’ın konuya ilişkin olarak verdiği kararların ve kanundaki düzenlemenin değerlendirilmesinden önce, muvazaa kavramı ve türleri üzerinde durulacak, sonra doktrinde ve yargı kararlarında ileri sürülen görüşler, muvazaalı işlemlerin akıbetine ilişkin esaslar açısından incelenecektir.

¹⁷² Yarg. 9 HD., 18.1.1997 T., 1997/16673 E., 1997/9164 K., KILIÇOĞLU; s. 192-194.

A. TANIMI

Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması olduğuna göre, irade ile bunun açıklanması arasında uyum bulunması zorunludur. Bu uyum, hem iradenin oluşması aşamasında, hem de bunun beyanı aşamasında gerçekleşmelidir. Sözleşmenin geçerliliği sadece görünüşte bir açıklamanın (irade beyanının) varlığı ile açıklanamaz. İrade oluşması aşamasında sağlıklı olmalı, bununla uyumlu bir açıklama bulunmalıdır. Bu uyumun bulunmadığı durumlarda irade bozukluğundan veya sakatlığından (irade fesadı) söz edilir. Bu sakatlık iradenin oluşması aşamasında söz konusu olabileceği gibi, sağlıklı olmuş bir iradenin beyan edilmesi aşamasında da söz konusu olabilir¹⁷³. İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk halinin en yaygın örneğini bilerek ve isteyerek yaratılan uyumsuzluk hallerinden olan muvazaa oluşturmaktadır.

İki kişinin gerçek iradelerini gizleyerek görünürde bir beyanda bulunmalarına “muvazaa” adı verilmektedir. O halde muvazaada, ortada bir sözleşme bulunmakla birlikte, bu sözleşme tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır. Sözleşme, tarafların iradeleriyle uyumlu olmayan görünürdeki beyanları üzerine kurulmaktadır. Bu durumda sözleşme geçersiz olacaktır. Zira sözleşme irade ile beyan arasındaki uyumlu bir davranışın neticesi değildir¹⁷⁴.

B. UNSURLARI

Uygulamada ve Doktrinde muvazaanın üç veya dört unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlar, Görünürdeki İşlem, Muvazaa Anlaşması, Gizli İşlem ve Üçüncü Kişileri Aldatma Amacıdır. Unsurlar sırasıyla ele alınacaktır.

¹⁷³ Safa REİSOĞLU; **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 76.

¹⁷⁴ EREN; s. 330, Şahin AKINCI; **Borçlar Hukuku Bilgisi – Genel Hükümler**, 3. Baskı, Nobel Yayınevi, Konya, 2006, s. 100; Turgut UYGUR; **Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C:1 (Giriş ve Md. 1-40), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 728.

1. Görünürdeki İşlem

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yapmış oldukları işleme *görünürdeki işlem* denir. Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta, bu sebeple kendileri hakkında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış bulunmaktadır¹⁷⁵. Örneğin, kiracısını çıkarmak isteyen, ancak kendisi yönünden koşulları bulunmadığından çıkaramayan mülk sahibi kiralayanın, tahliye davası açılmasını sağlama bakımından üçüncü bir kişiye görünüşteki sözleşme ile kiralananı devredip, devrettiği kişi ile yaptığı muvazaa anlaşması ile, görünürdeki devir sözleşmesinin hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağını kararlaştırmasıdır¹⁷⁶.

2. Muvazaa Anlaşması

Tarafların görünürdeki işlemi sırf üçüncü kişileri aldatmak için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair bir anlaşma yapmaları gerekir¹⁷⁷. Muvazaa anlaşması, muvazaanın kurucu unsurlarındandır ve muvazaanın varlığı için gerekli bir şarttır. Bu anlaşma tarafların görünüşteki muameleyi istemediklerini ifade eder. Muvazaa anlaşmasının tarafları, görünüşteki sözleşmenin de taraflarıdır. Taraflar bu muameleyi bizzat yapabilecekleri gibi, mümessilleri aracılığıyla da yapabilirler¹⁷⁸.

Muvazaa anlaşması görünürdeki sözleşme ile aynı anda yapılabileceği gibi, ondan önce de yapılabilir. Ancak sonra yapılması mümkün değildir. Bunun yerine taraflar isterlerse muameleyi ortadan kaldırma veya değiştirme sözleşmesi yapabilirler¹⁷⁹.

Muvazaa anlaşması şekle tabi sözleşmelerden değildir. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesi gereğince senetle ispatı gerekli hususlarda,

¹⁷⁵ EREN; s. 325, REİSOĞLU; s. 77.

¹⁷⁶ UYGUR; s. 728.

¹⁷⁷ Nihat YAVUZ; **Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s. 50; M. Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ; **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 108; AKINCI; s. 100.

¹⁷⁸ EREN; s. 425.

¹⁷⁹ EREN; s. 426; Eraslan ÖZKAYA; **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 109.

kural olarak şahit dinlenemez. Diğer bir deyişle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinde öngörülen “ispat şekli” nedeniyle muvazaa anlaşmasının yazılı yapılmasında büyük yarar vardır¹⁸⁰.

Muvazaa anlaşması, görünüşteki muamelenin tamamını konu edinebileceği gibi, bir kısmını da konu edinebilir. Birinci halde “*Tam Muvazaa*”, ikinci halde “*Kısmi Muvazaa*” söz konusu olur¹⁸¹.

3. Gizli İşlem

Gizli işlem, sadece nisbi muvazaada söz konusu olur. Taraflar, bazen görünürdeki muvazaalı işlem altında kendi iradelerine uygun ve gerçekten arzu ettikleri bir işlem yapabilirler. İşte, görünürdeki işlem arkasına gizlenmiş olan ve taraflarca istenen bu işleme *gizli işlem* denir¹⁸². Örneğin, taraflar bağış sözleşmesi yaptıkları halde, üçüncü şahıslara karşı bir görüntü vermek için satış yapmış gibi sözleşme düzenledikleri takdirde, satış “görünürdeki işlem”, bağış ise arka planda kalan “gizli işlem” niteliğindedir¹⁸³.

4. Üçüncü Kişileri Aldatma Amacı

Aldatma amacı muvazaanın diğer bir unsurudur. B.K.’nin 18. md. sinin 1. f. da “Tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizleme niyetinden” söz edilmektedir. Muvazaada irade ve beyan arasında bilerek yapılan uyumsuzluğun amacı, başka bir görünüş yaratmak suretiyle üçüncü kişileri aldatmaktır. Bu amaç bulunmadıkça, muvazaadan söz edilemeyecektir¹⁸⁴.

¹⁸⁰ UYGUR; s. 729; EREN; s. 426; ÖZKAYA; s. 108.

¹⁸¹ EREN; s. 426.

¹⁸² ÖZKAYA; s. 172.

¹⁸³ UYGUR; s. 729; EREN; s. 426; ÖZKAYA; s. 110.

¹⁸⁴ EREN; s. 427; ÖZKAYA; s. 103.

C. TÜRLERİ

1. Mutlak Muvazaa

Üçüncü kişileri aldatmak için görünürde bir hukuki işlem yapan tarafların, gerçek iradelerine uyan gizli bir işlem mevcut değil ise (örneğin, A icra takibinden kurtulmak için mallarını muvazaalı olarak B' ye devretmiş, fakat bu devrin hukuki bir sonucu olmayacağı hususunda taraflar anlaşmış ise) “*mutlak muvazaa – adi muvazaa*” söz konusudur¹⁸⁵.

2. Nisbi Muvazaa

Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde muvazaalı bir işle yapan taraflar, bu işlem ile gerçek iradelerine uyan başka bir işlemi gizlemek istemişlerse, “nisbi muvazaa” dan söz edilir. Diğer bir deyişle, nisbi muvazaada tarafların gerçek iradelerine uyan ayrı bir hukuki işlem mevcuttur. B.K.’ nun 18. maddesinde, “bir sözleşmenin şekli ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek yanlışlıkla, gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları deyimlere ve isimlere bakılmayarak, onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak lazımdır” hükmüne yer verilerek nisbi muvazaa düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁸⁶.

Muvazaalı bir işlemde, tarafların gerçek iradelerine uyan gizli işlem çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir¹⁸⁷:

- Taraflar muvazaalı işlem ile sözleşmenin niteliğini gizlemiş istemişlerdir. Örneğin, satış istedikleri halde bağışlama yapmış gibi beyanda bulunmuşlardır veya bağışlama söz konusu olduğu halde, mirasçılarının ileride hak talep etmelerine engel olmak amacıyla, dış görünüşüyle satış sözleşmesi yapmışlardır.

¹⁸⁵ REİSOĞLU; s. 78.

¹⁸⁶ REİSOĞLU; s. 78-79.

¹⁸⁷ REİSOĞLU; s. 79.

- Taraflar muvazaalı işlem ile sözleşmenin belli şartlarını gizlemeyi öngörmüşlerdir. Örneğin, gayrimenkulün satış bedeli 20 milyar lira olduğu halde, taraflar tapu giderlerini azaltmak amacıyla yaptıkları sözleşmede bedeli 8 milyar lira olarak gösterme yoluna gitmişlerdir.

D. HÜKÜM VE SONUÇLARI

Muvazaanın görünürdeki ve gizli işlem üzerindeki sonuçları birbirinden farklıdır. Görünürdeki muvazaalı işlem her halde geçersiz iken, gizli işlem bazı hallerde geçerli olabilir.

1. Görünürdeki Muvazaalı İşlemin Geçersizliği

Görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olarak yapmak istedikleri işlem değildir. Sözleşmelerde tarafların birbirine uygun irade beyanları sonuç doğurur. Muvazaalı işlemlerde ise, tarafların sadece görünürdeki beyanları birbirine uygundur. Tarafların işlem iradesi ile beyan iradesi mevcut değildir. Aksine tarafların iradesi, muvazaalı işlemin geçerli olmaması hususunda birbirine uygundur. Bu sebeple görünürdeki işlem, taraflar arasında geçersiz olup, hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁸⁸.

Muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonuç ifade edilirken, ”geçersiz”, ”hükümsüz”, ”batıl”, ”yok hükmünde” şeklinde pek çok tabir kullanılmakta ve bu müeyyidenin ne olduğu doktrinde tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre¹⁸⁹, bazı yazarların kullanım olduğu ”batıl” sözcüğü, ”geçersizlik” anlamındadır. Zira BK m. 20’deki butlan, *bir sözleşmenin gayrimümkün, yahut ahlaka(adaba) aykırı olmasının* bir müeyyidesidir. Oysa muvazaalı sözleşmenin geçersizliğinin kamu düzeni, ahlaka(adaba) aykırılık hali ile bir ilgisi yoktur. Yani bir

¹⁸⁸ AKINCI,101; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP; s. 411-412.

¹⁸⁹ ÖZKAYA; s. 180.

sözleşmenin salt muvazaalı olması kamu düzenine, ahlaka(adaba) aykırılık yaratmaz¹⁹⁰. Bu nedenle muvazaa nedeniyle butlan, BK.m.20’de ifade edilen butlandan farklıdır.

Muvazaalı bir sözleşmenin geçersizliğinin butlan olup olmaması, pratikte şu bakımdan önem arz etmektedir. Muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesi halinde verilen şeylerin iadesi gerekirken,hukuka, ahlaka, adaba aykırı bir amacın temini için verilen şeylerin iadesi BK. m. 65 nedeniyle mümkün değildir. Zira muvazaalı işlemler kural olarak hukuka, kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı değildir. Muvazaanın üçüncü kişileri aldatmak unsuruna bakılarak, muvazaanın hukuka aykırı bir işlem olduğunu zannetmek doğru değildir. Ancak bir sözleşme, hem muvazaa sebebi ile hem de BK. m. 20 manasında batıl olabilir. Bu taktirde ise muvazaalı sözleşme nedeni ile verilen şeyin iadesi mümkün olacaktır¹⁹¹.

Doktrinde savunulan ağırlıklı görüşe göre ise¹⁹², muvazaanın müeyyidesi butlandan başka bir şey değildir.Yargıtay’ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁹³. Muvazaalı işlem başından beri geçersiz olup, taraflar arasında herhangi bir alacak ve borç doğurmaz, işlemin geçersiz olması nedeni ile taraflar bir zarara uğramış olsalar bile bunu talep edemezler. Zararlarını isteyememelerinin bir nedeni de, tarafların muvazaayı bilerek isteyerek yapmış olmalarıdır. Sözleşmenin geçersizliğini başlangıçtan kabul etmişlerdir. Aldatılmış ve hataya düşürülmüş de değillerdir¹⁹⁴.

2. Gizli İşlemin Hüküm ve Sonuçları

Gizli işlem tarafların muvazaalı işlem altında ciddi olarak yapmak istedikleri işlemdir. Gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, kanunun öngördüğü şekil ve şartları taşıyorsa geçerlidir. Muvazaalı işlemin geçersizlik veya butlanı, gizli işlemi de geçersiz veya batıl kılmaz¹⁹⁵. Ancak gizli işlemin geçerliliği, onun

¹⁹⁰ ÖZKAYA; s. 181.

¹⁹¹ ÖZKAYA; s. 181.

¹⁹² EREN; s. 330.

¹⁹³ Yarg. HGK. 07.02.1990 T., 1989/3-602 E.,1990/56 K.

¹⁹⁴ REİSOĞLU; s. 78.

¹⁹⁵ OĞUZMAN, ÖZ; s. 106.

içeriğinin hukuka ve ahlaka aykırı olmasına, konusunun mümkün bulunmasına bağlıdır. Taraflar gizli işlemin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaya varmış olmalı ve gizli işlem kanunun öngördüğü şekil şartına uygun olarak yapılmış olmalıdır. Eğer gizli işlem, kanunen aranan şekil şartlarına riayet edilmeden yapılmışsa, bu taktirde görünürdeki işlem muvazaaya nedeni ile, gizli işlem ise şekil şartına uygun olmadığı için geçersiz olacaktır¹⁹⁶.

E. İSPATI

1. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Muvazaayı İspatı

Hukuki işlemin (sözleşmenin) muvazaalı olduğunu, gerçek iradelerine uymadığını ileri süren taraf, iddiasını ispat ile yükümlüdür. Muvazaalı olduğu iddia olunan hukuki işlem bir adi senede veya (noter veya tapu memuru önünde yapılmış) bir resmi senede bağlanmış ise tarafların muvazaaya iddiası (HUMK. md. 290 uyarınca) tanık ile ispat olunamaz. Hukuki işleme taraf olup, işlemin muvazaaya sebebiyle geçersizliğini ileri süren kimse bu takdirde iddiasını adi veya resmi bir senetle (kesin bir delille) ispat etmek zorundadır. Hukuki işlem resmi şekilde yapılmış olsa dahi, taraflar muvazaaya iddialarını adi senetle ispat edebilirler¹⁹⁷.

2. Üçüncü Kişiler Tarafından Muvazaanın İspatı

Hukuki işleme (sözleşmeye) taraf olmayan üçüncü bir şahıs, işlemin muvazaalı olduğunu ve bu nedenle geçersiz bulunduğunu iddia ediyorsa, bu iddiasını, hukuki işlem adi veya resmi bir senede bağlanmış olsa dahi, tanıkla delillendirebilirler. Üçüncü şahısların muvazaaya iddialarını tanıkla delillendirebilmeleri zorunlu bir sonuçtur. Zira, üçüncü şahısların, taraflar arasında yapılan sözleşmenin muvazaalı olduğunu senetle ispat etmeleri maddeten imkansızdır¹⁹⁸.

¹⁹⁶ ÖZKAYA; s. 192.

¹⁹⁷ REİSOĞLU; s. 84.

¹⁹⁸ REİSOĞLU; s. 86.

II. İŞ HUKUKU AÇISINDAN ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAANIN TESPİTİ VE HUKUKİ SORUMLULUK

Muvazaanın ne olduğu, hüküm ve sonuçları yukarda belirtilmiştir. Verilen bu bilgilerin üzerine asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı kurulması ve bunun hüküm ve sonuçları ele alınacaktır.

Alt işverenlik sözleşmelerinin muvazaalı olarak yapılmasını önlemek amacıyla Genel hükümlerin dışında İş K.’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında muvazaalı alt işveren ilişkilerinin kurulmasını önlemeye yönelik hükümler getirilmiştir. 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 1 inci maddesiyle, İş K.’nun 3 maddesinde değişikliğe gidilerek düzenleme getirilmiş ve bu maddenin son fıkrası uyarınca Alt İşverenlik Yönetmeliği ÇSGB tarafından çıkarılmıştır. 5763 sayılı Kanun ile İş K.’nun 3.maddesinin 2.fıkrasında yapılan değişiklik, hükmü; “Bu Kanun’un 2’nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” düzenlemesini içerir.

Bu düzenleme ile iş müfettişlerine asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığını tespit yetkisi tanınmıştır. Düzenleme; taraflar arasındaki “alt işverenlik sözleşmesi”nin “yazılı” yapılmasını ve alt işverenin “asıl işverenden aldığı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte” bildirim yapmak üzere bölge müdürlüğüne başvurmasını, alt işverenin Bölge Müdürlüğüne tescil için müracaat etmesi sonucu, Bölge Müdürlüğünce başvuru belgelerinin gerektiğinde iş müfettişine incelettirilmesi ve

muvaazalı bir durumun tespiti halinde tescilin iptal edilmesini öngörmektedir”. İş Kanunu’nun 3. maddesinin son hükmü,; “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar” ın ÇSGB tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş; Alt İşveren Yönetmeliğini 27.09.2008 tarihinde ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle çıkarılmıştır.

Bu noktadaki hukuki sorun, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılacak sözleşmede bulunması gereken konuları düzenleme yetkisinin, bir kanun ile yönetmeliğe bırakılıp bırakılmayacağı hususudur. Burada sorun, asıl işverenin kamu yönetimi içinde yer almayan bir kurum veya kuruluş olması halinde, daha da ağırlık kazanmaktadır¹⁹⁹. Gerçekten, sosyal piyasa ekonomisini benimsemiş bir hukuk sisteminin, özel hukuk nitelikli sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi söz konusu olmaz. İş Kanunu’nun 3. maddesinin son hükmü ise, özel hukuk sözleşmesi nitelikli bir ilişkinin içeriğinin, İdare tarafından belirlenmesini tanımak suretiyle, asıl işveren ile alt işveren arasındaki özel hukuk ilişkisine İdarenin müdahale etmesine olanak yaratmıştır ki bunu hukuken, Anayasa’nın 48 inci maddesiyle güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğüyle bağdaştırma olanağı yoktur²⁰⁰.

A. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN MUVAZAALI OLDUĞUNUN TESPİTİ

4857 sayılı İş Kanunu, alt işveren uygulamasında, muvaazaayı engelleyebilmek amacıyla yeni hükümler getirmiştir. Öncelikle, “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez*” hükmü ile asıl işin, keyfi bir şekilde alt işverenlere verilmesine engel olmaya çalışılmaktadır²⁰¹. Bu manada, herhangi bir uzmanlık gerektirmediği ve işletme ve işin

¹⁹⁹ Tankut CENTEL; “**Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım**”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık – 2008, S: 12, s. 40 (MESS).

²⁰⁰ CENTEL; MESS; s. 40.

²⁰¹ AKTAY, ARICI, KAPLAN; s. 68.

gereği olmadığı halde asıl iş kapsamında bulunan bir işin alt işverene bırakılması yasaklanmaktadır.

İkinci olarak, “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalışmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.”

4857 sayılı Kanun’daki bu hükmün ilk bölümündeki “çalıştırmaya devam ettirilmesi suretiyle” ifadesinden, asıl işverenin işçisi olarak işyerinde çalışmakta iken işten çıkarılıp, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilen işçilerin haklarının korunmasının amaçlandığı, söz konusu hükmün, önceden o işyerinde işçi olarak çalışıp da herhangi bir şekilde işten ayrıldıktan sonra alt işverenin yanında çalışmaya başlayan işçinin haklarının ise hükmün kapsamı dışında olduğu, aksi bir düşüncenin kanunun amacını aşan bir yorum olduğu doktrinde öne sürülmektedir²⁰².

Asıl işverenin işçisi iken, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam edilen işçi ile alt işveren arasındaki iş sözleşmesi, işçinin haklarının kısıtlanmaması kaydıyla geçerlidir. Ancak, asıl işveren ile arasındaki iş sözleşmesine göre aldığı ücret ve diğer mali haklarla alt işveren ile arasındaki sözleşmeye göre aldığı ücret ve mali haklar arasında işçi aleyhine bir nispetlilik söz konusu ise, asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin muvazaalı bir işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak sayılması ve buna göre işlem görmesi gerekecektir²⁰³.

Bir başka görüşe göre²⁰⁴, kanundaki düzenlemenin çok açık olması nedeni ile, bu durumun kanuni bir karine olarak kabulü mümkün değildir ve buna aykırılık halinde, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığını ortadan kaldıracak düşünülmalıdır. Bu görüşe göre, kanunun bu katı düzenlemesinin ancak yine kanun hükümleri çerçevesinde

²⁰² MOLLAMAHTUTLU; s. 141.

²⁰³ MOLLAMAHTUTLU; s. 141.

²⁰⁴ ÇANKAYA, ÇİL; s. 25.

esnetilebileceği kabul edilebilir. Örneğin, asıl işverenin işçilerinin "haklarının kısıtlanması" kavramı dar yorumlanmak suretiyle işlem anında ve doğrudan bir hak sınırlandırması olarak anlaşılabilir, bu şekilde daha çok asıl işveren alt işveren ilişkisine geçerlilik tanınması şeklinde sonuca gidilebilir. Yine, son fıkrada yer alan "...çalışmaya devam ettirilmesi.." kavramı *arada kesinti olmaksızın asıl işverenin işçilerinin alt işverene nezdinde çalışmaya başlaması* şeklinde değerlendirilebilir ve yıllar önce asıl işveren işçisi olarak çalışmış bir işçinin daha sonra alt işveren işçisi olarak çalışmasının yasaklanmadığı da kabul edilebilir.

Kanundaki bu ölçütlerin yer aldığı, ancak muvazaalı bir işlemin bulunmadığı asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, asıl işverence alt işverene verilen iş sebebiyle, iş sözleşmelerinin feshi gündeme gelen işçilerin, iş sözleşmelerinin feshi yerine alt işveren nezdinde çalışmayı sürdürmeleri daha lehine olacaktır. Oysa, kanunda asıl işveren işçilerinin alt işveren ait işyerinde çalıştırılmasının sınırlandırılması, alt işverence bu işçilerin çalıştırılmaması anlamına gelecektir. İşçi lehine öngörülen yasal düzenleme, bu yönüyle işçi aleyhine sonuçlar doğuracaktır.

Kanun hükmündeki diğer bir göze çarpan özellik ise, "hakların kısıtlanması" ifadesidir. İşçinin ücretinde azalma veya iş şartlarının farklılaştırılması ve benzeri somut bir kısıtlama halinin varlığı mı aranmalıdır? Yoksa işçinin ileride doğabilecek olan tazminat haklarından bazı azalmalar bu kapsamda değerlendirilmeli midir? Bir görüşe göre²⁰⁵, doğmuş yada doğabilecek haklarda her türlü azalma bu kapsamda değerlendirilmelidir. Doğabilecek hak kavramı geniş tutulmamalı ve belirsiz bir sonuca bağlı olmamalıdır. İşçinin asıl işverene ait işyerinde çalışması halinde yıl sonunda hak kazanabileceği başarı primi buna örnek olarak verilebilir. Bahsi geçen işçilik alacağı işçinin alt işverene devri halinde doğmamış olmakla birlikte asıl işverene ait işyerinde çalışmış olsaydı gerçekleşebilecek olan bir alacaktır. Yine, 6772 sayılı Kanunun birinci maddesinde belirtilen işyerleri bakımından ilave tediye hakkı olan bir işçinin alt işveren yanında çalışmaya başlaması, bu hakkında bir kısıtlanma niteliğindedir. Bununla birlikte

²⁰⁵ ÇANKAYA, ÇİL; s. 25.

alt işverenin, asıl işverenin eski işçisine asıl işverende edindiği haklarını aynen sağlaması durumunda bir kısıtlamadan söz edilemeyecektir. Doğabilecek haklara kısıtlamaya bir başka örnek de, asıl işverene ait işyerinde sendikanın yetki aldığı bir süreçte, işçilerin ilerde imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önüne geçmek için alt işverene devri şeklinde ortaya çıkabilir.

Hukuk Sistemimizde genel olarak muvazaa ilişkisinin belirlenmesi, esas olarak, mahkemeye ait bulunan ve yargılamayı gerektiren bir iştir. Genel olarak, mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta (davada), tarafların talebi üzerine veya kendiliğinden (re'sen), usulüne göre yapacağı ayrıntılı bir yargılama sonucunda ortada bir muvazaa olup olmadığına karar verir. Bu kural, iş uyuşmazlıklarında ve daha da somut bir olgu olarak alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı bakımından da geçerlidir.

Muvazaanın belirlenmesi ve karara bağlanması konusunda mahkemenin görevli olmasının nedeni, muvazaa olgusunun tespiti gibi zor olan bir hususta yargılama yapılması ihtiyacı ve muvazaanın doğurduğu sonuçların hukukî önemidir. Uygulamadan çok yakından bilindiği üzere “muvazaa davası”, diğer davalara oranla ispatı oldukça zor bir davadır ve mahkemenin her türlü delili ayrıntılı bir şekilde değerlendirerek yapacağı yargılama neticesinde muvazaanın varlığını tespit etmesi halinde ortaya çıkarttığı sonuçlar da, davanın tarafları yanı sıra üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade ettiğinden; muvazaa kararı, mevcut hukukî durumun değişmesine neden olabilmekte, hukuken “ciddî ve ağır” etkiler doğurabilmektedir²⁰⁶.

Bu çerçevede, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine ilişkin olarak İş K. m.3/2 hükmü ile iş müfettişine verilmiş bulunan yetkinin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. YILMAZ' a göre²⁰⁷ ve bizimde katıldığımız görüş doğrultusunda, mahkemeye ait bir iş olan ve uygulamada mahkemelerin genellikle uzman bilirkişi görüşünü de alma ihtiyacı duydukları alt işverenlik ilişkinin muvazaalı olup olmadığı olgusunun tespiti konusunda, iş müfettişine yetki verilmiş olması yerinde değildir ve bu

²⁰⁶ Ejder YILMAZ; “**Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Göre Karşı İtiraz Davası**”, Çimento İşveren Dergisi , Ocak – 2009, S: 1, C: 23, s. 6.

²⁰⁷ YILMAZ; s. 7.

düzenleme aşağıda belirtilecek olan diğer sakıncalarının yanında, iş barışını zedeleyebilecek sonuçlara da yol açabilir. Bu sebeple, olması gereken, hukuk bakımından iş müfettişine yetki veren İş K. m.3/2 hükmünün yürürlükten kaldırılmasıdır.

Aşağıdaki belirtilmiş olan açıklamalardan da görüleceği üzere, İş K. m.3/2 ile iş müfettişine verilen yetki, sınırlı ve istisnaî bir yetkidir. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu konusunda iş müfettişine verilen bu yetki; hukukî menfaati bulunanların (örneğin, alt işverenlik sözleşmesinin taraflarının ve alt işverenin işçilerinin, ilgili sendikanın vb.) alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu konusunda açacakları dava hakkını kesinlikle ortadan kaldırmamıştır. Bu sebeple, hukukî menfaati bulunanların genel hükümlere (BK m.18) göre muvazaa davası açma hakları devam etmektedir²⁰⁸.

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası hükmü; alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması bakımından, yeni bir yöntem öngörmekte ve muvazaanın bir idarî işlemle tespit edilebileceğini belirtmektedir. Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümleri kanun hükümleri ile bir arada değerlendirildiğinde, getirilen yeni sistemin aşağıdaki aşamalarla işleyeceği anlaşılmaktadır.

1. Alt İşverenin Kendi İşyerini ve Alt İşveren İlişkisini Bölge Müdürlüğüne Bildirmesi

Asıl işverenden iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için imza sirkülerini, tüzel kişiler için Ticaret Sicili Gazetesi suretini, asıl işverenle arasında imzaladığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve eklerini, işyeri bildirgesi ile birlikte İş Kanununun 3. maddesi hükmüne uygun olarak (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) Bölge müdürlüğüne bildirir. Bölge müdürlüğünce talebin uygun görülmesi halinde, bildirimde bulunan alt işverenin işyeri tescil edilir ve işyeri için bir sicil numarası verilir²⁰⁹.

²⁰⁸ YILMAZ; s. 7.

²⁰⁹ YILMAZ; s. 6.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu konusunda iş müfettişine verilen yetki; bütün alt işverenlik sözleşmelerinin sistematik ve otomatik olarak iş müfettişlerince inceleneceği şeklinde bir kural değildir. Kanunda (m.3/2) yer alan, “gerektiğinde” ibaresi de bunu doğrulamaktadır. Yoruma açık olmakla birlikte, buradaki “gerektiğinde” ifadesinden, incelemenin bütün alt işverenlik sözleşmeleri bakımından değil yalnızca gerekli görülen hallerde yapılacağı amaçlandığı anlaşılmaktadır. 5763 sayılı Kanun’un Genel Gereğesinde, açık bir şekilde, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığı incelemesinin, “alt işverenliğin tescilinden sonra” yapılacağı belirtilmiştir. Yani alt işveren, kendi işyerinin tescili için bölge müdürlüğüne başvuracak; Bölge Müdürlüğü, alt işverenlik sözleşmesinin usulüne uygun olduğunu görürse, bu aşamada alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığını incelemeye girmeksizin ve bu hususta iş müfettişine inceleme yaptırmaksızın, alt işverenin işyerini tescil edecektir. İş K. m.3/2’deki muvazaa incelemesi ise, tescil işleminden sonra yapılacaktır. Muvazaa incelemesinin tescil işleminden daha sonra yapılacağına kanıtı, İş K. m.3/2’de, muvazaanın varlığı halinde tescilin iptal edileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Eğer kanun koyucu, muvazaa incelemesinin tescil aşaması öncesinde yapılmasını istese idi, o zaman muvazaanın tespiti halinde “tescilin iptali”nden değil, “tescil talebinin reddi”nden söz etmesi gerekirdi. Keza, Yönetmelik’in 12’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki, “7’nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6’ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere Bölge Müdürlüğüne İş Teftiş Grup Başkanlığına intikal ettirileceği” hükmünde kullanılmış olan “tescili yapılan” ibaresi ile de, incelemenin tescilden sonra yapılacağı vurgulanmaktadır.

Öte yandan, alt işverenin Bölge Müdürlüğüne yapacağı başvurunun amacının, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığını incelenmesi değil, alt işverenin işyerinin tescili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu düzenlemeler sebebiyle, Bölge Müdürlüğünün tescil aşamasında kendisine ibraz edilen alt işverenlik sözleşmesini iş müfettişine havale ederek, tescil talebini bu sebeple bekletmesi ve vereceği kararı onun

raporuna kadar ertelemesi mümkün değildir. Aksine davranışın, Bölge Müdürlüğünün görevini kanuna aykırı olarak geciktirmesi anlamına geleceği düşünülmektedir. Buna paralel olarak, iş müfettişine tescilden önceki aşamada inceleme yaptırılarak ve alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu yolundaki rapora dayanılarak tescil talebinin reddi yoluna gidilmesinin de kanuna aykırılık teşkil edebileceği düşünülmektedir. İş K. m.3/2 de yer alan, Bölge Müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgelerin iş müfettişince inceleneceği yolundaki ifadeden; iş müfettişinin yapacağı inceleme için, konunun kendisine Bölge Müdürlüğü tarafından intikal ettirilmesinin gerekli olup olmadığı ve iş müfettişinin başka bir yolla da (örneğin, alt işverenin işçileri veya ilgili sendikanın talebi veya ihbarı gibi bir vesileyle) konuyu öğrenmesi sebebiyle inceleme yapabilir yapamayacağı hususu akla gelebilir. Bir görüşe göre²¹⁰, Bölge Çalışma Müdürlüğünün talebi şart değildir; daha sonra yapılacak bir ihbar veya şikâyet üzerine de inceleme yapılabilir²¹¹. Bu görüş şu sebeplerden dolayı geçersiz olabilir: İş K. m.3/2 hükmünde istisnaî ve sınırlı bir yetki öngörüldüğünden ve hukukî menfaati bulunanların genel hükümlere göre muvazaa davası açma hakları devam etmekte olduğundan, iş müfettişinin İş K. m.3/2 hükmünü göre konuyu inceleyebilmesi, Bölge Müdürlüğünün bu konudaki talebini şart kılmaktadır. Nitekim, Yön.m.12/1’de de “tescili yapılan işyeri için (aranan) belgelerde kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere Bölge Müdürlüğünce İş Teftiş Kurulu Başkanlığına intikal ettirilir” ifadesi de, bu yöndeki yorumu desteklemektedir. Aksinin kabulü halinde, tescil edilen ve uzun zaman sorunsuz olarak uygulanan bir alt işverenlik sözleşmesi hakkında alt işveren işçilerinden birinin şikâyeti üzerine konunun iş müfettişine intikali halinde de müfettişin muvazaanın varlığı konusunda rapor hazırlaması, bunu tebliğ etmesi ve buna itiraz hususu (İş K. m.3/2) gündeme gelebilecektir. Oysa, İş K. m.3/2 hükmü istisnaî ve sınırlı olduğundan, iş

²¹⁰ Gülümünden ÜRCAN; “Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti Ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler”, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S: 19, s. 962.

²¹¹ CENTEL; s. 7.

müfettişinin inceleme yetkisinin alt işverenin işyerinin tescili aşamasına özgü olması gerekmektedir²¹².

2. Alt İşverenin İşyerine Ait Belgelerin İş Müfettişlerince İncelenmesi

İş K.'nun 3. maddesinin 2. fıkrası /cümle 2 hükmü, tescili yapılan işyerine ilişkin belgelerin gerektiğinde iş müfettişlerince inceleneceğini düzenlemiştir. Yönetmelik' in 3/g hükmü muvazaayı; "işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini, kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşme" olarak tanımlamıştır²¹³.

Konu Bölge Müdürlüğü tarafından kendisine intikal ettirilen iş müfettişinin muvazaa incelemesini nasıl yapacağı ile ilgili olarak: İş K. m.3/2 de, alt işverenin kendi işyerinin tescili için gerekli belgeleri Bölge Müdürlüğüne bildireceği; İş K. m.3/2 de, işyerine ait belgelerin müfettişlerce inceleneceği belirtilmekte ve Yön. m.12./1 de de, 6'ncı maddede belirtilen belgelerde (tüzel kişiler için Ticaret Sicili Gazetesi, imza sirküleri, alt işverenlik sözleşmesi ve eklerinde) muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde söz konusu belgelerin incelenmek üzere iş teftiş kuruluna intikal ettirileceği açıkça yazılı olduğuna göre; iş müfettişinin yapacağı inceleme, yalnızca bu belgelerle sınırlı olacağı düşünülmektedir. İş müfettişinin bu belgeler dışında, ilgililerden (ve bu arada asıl işveren ve alt işverenden) başka bilgi ve belge talep etmesinin, işyerinde incelemeler yapmasının, işçileri dinlemesinin vb işlemler yapabilmemesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir²¹⁴. Çünkü İş K. m.3/2 hükmünün iş müfettişine verdiği yetki; alt işverenin kendi işyerinin tescili talebi aşaması, Bölge Müdürlüğünün

²¹² YILMAZ; s. 9.

²¹³ YILMAZ; s. 7.

²¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 176.

talebi ve kendisine verilen belgelerle sınırlı, istisnaî bir yetkidir. İş müfettişi tarafından yapılacak muvazaanın incelenmesinde özellikle²¹⁵;

a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,

b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,

c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,

ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,

d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,

e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,

f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,

g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı hususları göz önünde bulundurulur (Yön. m.12/2). İş müfettişi, incelediği belgelere göre alt işverenlik sözleşmesinde açıkça muvazaalı bir durum yoksa muvazaalı durum bulunmadığını; aksine, açıkça muvazaa varsa bu hususu, raporuna, gerekçeleriyle birlikte yazar ve vardığı sonucun somut delillerini de gösterir. İş müfettişi, incelemesi sırasında alt işverenlik sözleşmesinin yürürlüğü ile ilgili herhangi bir önlem alamaz ve bu konuda herhangi bir karar da veremez. Muvazaa bulunduğunu tespit eden iş müfettişi raporuna karşı dava açılması

²¹⁵ YILMAZ; s. 10.

halinde mahkemenin bir kararı bulunmadıkça, alt işverenlik sözleşmesinin yürürlüğü konusunda otomatik bir etki ortaya çıkmaz.

3. Muvazaalı İşlem Bulunduğunun Tespiti Halinde Gerekçeli Müfettiş Raporunun İşverenlere Tebliğ Edilmesi

İş müfettişlerince yapılan inceleme sonucunda, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir²¹⁶. İş Kanunu'nun 3. maddesi “gerekçeli müfettiş raporları işverenlere tebliğ edilir.” hükmünü düzenlemiştir. Yine Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 13.maddesinin birinci cümlesi gerekçeli müfettiş raporunun işverenlere tebliğ edileceği belirtilmiştir.

Kanunun (İş K. m.3/2), işverenlere tebliğini ve işverenlerin de mahkemede itiraz davası açabilmelerine olanağını tanıyarak, iş müfettişinin muvazaayı tespit eden raporunu hukuken önemli bir belge olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Kanun tarafından tanınan bu etki, iş müfettişi raporunu hukuken bir idarî işleme²¹⁷ eş hale getirmiştir. Bu nedenle, iş müfettişi raporunun teknik anlamda idarî işlemlerin özelliklerini taşıması gerekir²¹⁸. Önemli olan husus, buradaki idarî işlem (muvazaa tespit eden rapor), derhal etkileyici sonuç doğuran ve hemen yürütülebilen bir işlem değildir; adeta bir ön idarî işlem niteliğindedir. Çünkü bu işlem yalnız başına hüküm ifade etmemektedir ve hüküm ifade edebilmesi, işverenlerce altı iş günü içinde dava açılmamasına veya dava açılmışsa mahkemenin de ortada bir muvazaa bulunduğunu tespit etmesine bağlıdır²¹⁹.

İş K. m.3/2 'de, iş müfettişinin raporunun gerekçeli olması gerektiğinin belirtilmesi, bu açıdan çok yerindedir. Uygulamanın da bu gerekliliğe uygun olması beklenmelidir. İş müfettişinden beklenen husus, muvazaa gibi çok sayıda kişiyi ilgilendirebilecek ve ayrıca hukukî ve cezaî sonuçlar doğurabilecek olan bir konuda,

²¹⁶ YILMAZ; s.7.

²¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU; s. 177.

²¹⁸ YILMAZ; s. 11.

²¹⁹ YILMAZ; s. 11.

inandırıcı gerekçe ile raporunu hazırlaması ve vardığı sonucu yeterli şekilde delillendirmesidir. Hazırlanan raporun, itiraz davası açılması halinde mahkemeye intikal edeceği düşünüldüğünde, iş müfettişinin göstereceği delillerin hukukî ve somut olması gerektiği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

4. İşverenlerin Altı İş Günü İçinde, Yetkili İş Mahkemesinde İtiraz Etmemesi Veya Yapılan İtirazın Reddi

İşverenler, kendilerine tebliğ edilen iş müfettişi raporuna, altı iş günü içinde yetkili iş mahkemesinde itiraz edebilirler. Mahkemenin itiraz üzerine vereceği karar kesindir. Rapora altı işgünü içinde itiraz edilmezse veya mahkeme muvazaanın tespitini onarsa, işyeri tescil işlemi bölge müdürlüğünce iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır; itiraz süresinin geçmesi ya da mahkeme kararı ile muvazaanın onanması halinde asıl işveren ve alt işveren veya vekillerine idarî para cezası uygulanır (İş K. m.3,II; Yön. m.13)²²⁰.

İş müfettişliği tarafından yapılan inceleme sonunda alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı tespiti yapıldığında 4857 sayılı İş K.’nun 3. maddesi anlamında buna itiraz hakkı olmayan hatta uygulamadan haberi dahi bulunmayan işçi kesin olarak alt işveren işçisi sayılabilecek midir? Aynı işçi ya da işçi adına sendika, muvazaa iddialarını ileri sürerek bir dava açtığında iş müfettişliğinin vardığı sonuç ne derecede etkili olacaktır? Konu sadece 4857 sayılı İş Kanunu’nun 92. maddesi anlamında aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli bir tespit niteliğindedir. Aksi her türlü delille ve her aşamada kanıtlanabilecektir²²¹.

İş müfettişliğinin alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığı yönündeki tespitine itiraz edilmemiş olunması halinde gerçek duruma aykırı olan bir tespitin geçerliliği ne kadar olacaktır? Yasal düzenlemeye göre altı iş günlük süre, hak düşürücü süre görünümündedir. Bu durumda muvazaanın kesinleştiği ve işçilerin asıl işverenin

²²⁰ YILMAZ; s.7.

²²¹ ÇANKAYA Osman Güven, ÇİL Şahin; “İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 36 (Üçlü İlişkiler, 2009).

işçisi olduğu ilk bakışta söylenebilecektir. Ancak bazen, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı da işçi açısından bir güvencedir. İşçi her iki işverenden işçilik alacaklarını talep edebilmektedir. Asıl işverenin ekonomik açıdan güçsüz alt işverenin ise işçilik alacaklarına ulaşma noktasında daha varlıklı olduğu bir durumda muvazaanın kabulü işçi aleyhinedir. Yine, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi işçiye daha fazla haklar sağlamış olabilir. İş müfettişleri tarafından yapılan tespitten haberi olmayan işçi yönünden muvazaanın olgusunun kesinleşmesi bu yönlerden ayrı sorun olarak karşımızdadır²²².

Muvazaalı şekilde kurulan alt işverenlik ilişkisinin iş sözleşmelerine en önemli etkisi, işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmeleridir. Bu diğer ifadeyle muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu işyerinde iş sözleşmelerinin tarafı görünürdeki alt işveren değil, asıl işverendir. Her iki maddedeki “başlangıçtan itibaren” ifadesi, asıl işveren işyerinde alınan işle ilgili taşeronluk sözleşmesinin hüküm sonuç doğurduğu ve işçinin bu sözleşme kapsamında çalışmaya başladığı tarihi ifade etmektedir²²³.

Kanunun bir hukuki işlemin muvazaalı olduğunu, hukuka aykırı akdedildiğini tespit yetkisini, her ne kadar uyuşmazlık daha sonra dava konusu edilebilecek ise de, bir idari makama tanınmasının isabet derecesi tartışılmalıdır. Yapılan, özünde tümüyle hukuki bir nitelendirme olup yargıcın yetkisindedir ve müessesenin çok önemli, üçüncü kişiler üzerinde de etkili hukuki sonuçları bulunmaktadır²²⁴. Mahkemeler önlerine gelen davalarda öncelikle asıl işveren –alt işveren ilişkisinin niteliğini belirlemek, muvazaalı olup olmadığını tespit etmek durumundadırlar. İşverenle, işçi, işçi sendikası ya da bakanlık arasında örneklenen bu davalarda, taşeronluk sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesi bir ön mesele teşkil etmektedir. İş K. 3.maddeye eklenen düzenlemeyle, örneğin işçi ile asıl işveren arasında görülen ve işverenler arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasına dayalı olarak, asıl işverenin işyerinde sağlanan sosyal

²²² ÇANKAYA, ÇİL; s. 36.

²²³ ÜRCAN; s. 963-960.

²²⁴ ÜRCAN; s. 963.

yardımlardan yararlanma isteğini konu edinen bir alacak davasında mahkemece öncelikle halli gereken bu mesele ayrı, bağımsız bir davada incelenip karara bağlanacak şekilde düzenlenmiştir. Bir işe iade davasında 30 işçi sayısının tespiti, işçinin 6 aylık kıdemi, husumet, hakkında işe iade kararı verilecek işveren gibi konularda ele alınacak muvazaanın iddiası bakımından da, yeni düzenlemeyle işçi ile işveren arasındaki böyle bir davadan önce muvazaanın tespit edilmesine, alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ile ilgili uyuşmazlıkların önceden, daha işyerinin tesciliyle birlikte ve iş ilişkisinin sürdüğü esnada çözümlenmesine imkân sağlanmaktadır²²⁵.

B. İŞ MÜFETTİŞİ RAPORUNA KARŞI İŞ MAHKEMESİNE BAŞVURMA

1. İtirazın Hukuki Niteliği

Kanunun burada kullandığı “itiraz” kavramı, medenî yargı sistemimize yabancı bir kavramdır. Çünkü medenî yargıda (ilk derece veya üst derece olarak), “itiraz” diye bir müessese bulunmamaktadır. Türk medenî yargı sistemi, esas itibarıyla “dava” (çekişmeli yargı) kavramı üzerine oturtulmuştur ve bir hususun mahkeme önüne getirilmesi, asıl olarak “dava” şeklinde olur. Medenî yargı sistemimizde dava yolu dışında mevcut istisnaî diğer bir yol, “çekişmesiz yargı (nizasız kaza)”dır²²⁶. YILMAZ, çekişmeli yargı (dava) - çekişmesiz yargı ayırımı karşısında; İş K.’nun 3. maddesinin 2. fıkrasında öngördüğü “itiraz” yolunun, , işverenlerin yapacakları başvuruyu ifade etmek üzere “itiraz” değil, “itiraz davası” terimini kullanmaktadır. İtiraz davası açan işveren/işverenler, bu davada, iş müfettişinin raporunda varılan sonucun aksine, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığının tespitini talep edeceklerdir²²⁷.

ÜRCAN’ a göre dava, bir tespit davasıdır. Tespit davası, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesine ilişkin davalardır²²⁸. Davaya konu ve alt işverenlik

²²⁵ ÜRCAN; s. 961.

²²⁶ YILMAZ; s. 13.

²²⁷ YILMAZ; s. 14.

²²⁸ ÜRCAN; s. 978.

ilişkinin muvazaaya dayandığını tespit eden iş müfettişliği raporunun hukuka aykırı olduğu, alt işverenlik sözleşmesini inkâr eden tespitlerinin herhangi bir sonuç doğurmayacağı ve dolayısıyla işverenler arasındaki söz konusu sözleşmeye dayalı hukuki ilişkinin geçerli, mevcut olduğunun tespiti amaçlanmaktadır. Davanın kabulüyle işverenler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanmadığı, alt işverenlik ilişkisinin mevcut olduğu; reddedilmesi halinde ilişkinin muvazaalı olduğu kesin hükümle tespit edilmektedir. Bu dava bir inşai hakka dayanmamaktadır ve mahkemenin verdiği kararlar davacının maddi hukuka özgü inşai bir hakkına işlerlik kazandırılmamaktadır. Dava sonunda verilen hüküm açıklayıcı niteliğiyle o hukuki ilişkinin, konumuz bakımından alt işverenlik ilişkisinin mevcudiyetini veya muvazaalı akdedildiği için mevcut bulunmadığını deklare etmektedir. İş müfettişliği raporundaki tespit ve değerlendirmelerin aksine, mahkemece asıl işverenlik ilişkisinde muvazaa tespit ve değerlendirmelerin aksine, mahkemece asıl işverenlik ilişkisinde muvazaa tespit edilmemesi nedeniyle davanın kabulü halinde de o hukuki ilişki verilen hükümle doğup ortaya çıkmamaktadır; hukuki ilişki bu hükümden bağımsız ve önceden gerçekleşmiş bir olgudur²²⁹.

2. Dava Açma Süresi

İş K.'nin 3. maddesinin 2 fıkraya uyarınca dava açma süresi, altı iş günüdür ve iş müfettişinin gerekçeli raporunun tebliğinden itibaren başlar. Bu süre hak düşürücü süredir ve 6 iş günlük hak düşürücü süre gerekçeli raporun tebliğinden itibaren başlar. Kanun açıkça, hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için muvazaalı işlemin tespitine ilişkin gerekçeli raporun tebliğ edilmesini esas aldığına göre, raporun sadece bu tespiti içeren sonuç kısmının tebliğ edilmesi ya da gerekçesiz bir rapor tebliğ edilmesi halinde hak düşürücü sürenin de işlemeye başlamadığı kabul edilmelidir. İlgilinin kendisine yapılan yazılı bildirimden hakkında alınmış olan kararın, söz konusu hukuki işlemin muvazaalı olduğuna dair iş müfettişliği tespitinin hukuka uygun olup olmadığını inceleyebilme olanağına sahip olması gerektiğinden yazılı bildirim tam sayılması ve

²²⁹ ÜRCAN; s. 960.

dava açma süresine başlangıç teşkil edebilmesi için işlemin nedenlerinin de belirtilmiş olması gerekir²³⁰. Tebligat, hem asıl işverene hem alt işverene yapılacağından, süre, her bir işveren bakımından kendisine yapılan tebligatla başlayacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (m.159 vd) süreler, takvim günü olarak kabul edilmiştir ve buna göre hesaplanır (HUMK m.160-162). “İş günü” süresi tabiri, daha çok iş hukukundaki hak kullanımları için iş mevzuatında görülmektedir. Takvim günü ile iş günü arasındaki fark, takvim günü sürelerinde tatil günleri süreye dâhil (HUMK m.162) iken; iş günü sürelerinde tatil günleri hesaba katılmaz. Altı iş günlük sürenin, işverenlerin iş müfettişinin muvazaa iddiasının doğru olmadığını ispata yönelik olarak açacakları davaya ilişkin olduğu göz önüne alınacak olursa; bu sürenin çok kısa olduğu anlaşılmaktadır²³¹.

3. Davanın Tarafları

Tebliğ edilen iş müfettişi raporuna karşı, her iki işverenin de dava yoluna gitme hakkı vardır. Her iki işveren, ayrı ayrı dava açabilecekleri gibi, birlikte de dava açabilirler. Birlikte dava açılması halinde, iki işveren arasındaki ilişki, ihtiyarî dava arkadaşlığı olarak kabul edilmeli ve ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. İhtiyarî dava arkadaşlığında, ortada tek bir dava dilekçesi bulunmasına rağmen, aslında davacı sayısı kadar birbirinden bağımsız dava vardır. Altı iş günlük dava açma süresinin her bir işveren bakımından kendisine tebligatla başlayacak olması ve her iki tebligat arasında uzunca bir zaman geçmesi, işverenlerin birlikte hareket ederek ortak dava açmalarını olanaksız hale getirebilir ve böyle bir durumda işverenler, ayrı ayrı dava açmak durumunda kalabilirler. Ayrı ayrı dava açılması halinde, şartlarının bulunması halinde bu davaların birleştirilmesi; birleştirme şartları yoksa davalar bakımından bekletici sorun yapılması söz konusu olabilmektedir. İşverenlerden birinin (çok kısa olan) dava açma süresini kaçırmaması halinde, diğer işverenin açtığı davaya katılması da mümkündür. İtiraz davası, iş müfettişinin hazırladığı rapora (daha teknik bir ifadeyle

²³⁰ ÜRCAN; s. 969.

²³¹ YILMAZ; s. 14.

“idare”ye) karşı açıldığına göre, davalı hanesinde Devlet tüzel kişiliği adına işlem yapan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı gösterilir²³².

4. Yetkili Mahkeme

Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu, İş K. m.3/2 hükmünü kabul etmekle, iş müfettişi raporunu hukuken bir idarî işleme eş hale getirmiştir. Hukuk sistemimizde idarî işlemlere karşı açılacak olan davalarda görevli mahkeme, kural olarak, idarî mahkemelerdir. Ancak mevzuatımızda istisnaen, bazı idarî işlemlere karşı idarî yargı mahkemelerinin değil, adlî yargı yeri mahkemelerin görevli olduğu konusunda hükümler bulunmaktadır. İş K. m.3/2 hükmü, **görevli mahkemeyi iş mahkemesi** olarak göstererek bu konuda yeni bir istisna daha getirmiştir.

Bilindiği gibi, iş uyuşmazlıklarının çok olduğu yerlerde ayrı iş mahkemeleri kurulmuştur. Ayrı iş mahkemesi kurulmayan yerlerde bu görev oradaki asliye hukuk mahkemesi tarafından yerine getirilir. O halde itiraz davası, ayrı iş mahkemesi kurulan yerlerde, iş mahkemesinde; ayrı iş mahkemesi kurulmayan yerlerde bu iş davalarını görmekle görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır. Bilindiği gibi hukuk davalarında yetki, kural olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (m.9) gösterilmiştir. Buna göre genel yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri (ikametgâhı) mahkemesidir ve öngörülen bazı özel durumlarda (m.10) başka yerdeki mahkemeler yetkilidir. İş Mahkemeleri Kanunu’nda da iş mahkemelerinin yetkisi hakkında özel bir düzenleme (m.5) yer almaktadır. Buna göre, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medenî Kanunu gereğince yerleşim yeri (ikametgâhı) sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. İtiraz davası (İş K.m.3/2) da iş mahkemesinde açılacak bir dava olduğuna göre, burada öncelikle uygulanacak olan kanun, İş Mahkemeleri Kanunu olmak gerekir. İtiraz davasında İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5’inci maddesinde sözü edilen “işçinin işini yaptığı yer mahkemesinin yetkisi” söz konusu olamayacağından itiraz davasında yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Başlı başına

²³² YILMAZ; s. 15.

işverenin veya işverenlerin (yani, davacının) bulunduğu yerde dava açılabilmesine olanak yoktur. Zira, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5'inci maddesinde işverenin bulunduğu yer değil, işçinin dava açması göz önünde bulundurularak "işçinin işini yaptığı yer" ibaresi kullanılmıştır. Öte yandan, iş davalarında İş Kanunu hükümlerinin değil de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması düşünülebilecek olsa dahi, kanunda açık hüküm (örneğin, HUMK m.9,II'deki gibi boşanma davasında: davacının yerleşim yeri gibi) bulunmadıkça, **davacının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi söz konusu olmaz**. İtiraz davası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (İdare) aleyhine açılacağına göre, davanın kural olarak Ankara'da açılacağı; diğer bir ifadeyle yetkili mahkemenin, **Ankara iş mahkemesi** olacağı anlaşılmaktadır. Ancak, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının teşkilat ve görevleri Hakkında 3146 sayılı Kanun"un 28'inci maddesine göre bakanlık, taşra teşkilâtı kurmaya yetkilidir ve buna göre bazı illerde bölge müdürlükleri kurulmuştur. **Şubenin** yetkisine dair HUMK m.17 hükmü çerçevesinde işlemin yapan Bölge Müdürlüğünün bulunduğu yerde de itiraz davası açılabilmelidir. Böylece, ülke çapındaki bütün itiraz davalarının Ankara'da açılması suretiyle davaların Ankara İş mahkemelerinde yığılmasının önüne geçilmiş olacağı gibi, yerleşim yeri Ankara dışında olan davacılara da kolaylık sağlanmış olur. Olması gereken hukuk bakımından, itiraz davasında davacının yerleşim yerinin veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olmasına ilişkin bir hükmün getirilmesi yerinde olur²³³.

5. Yargılama ve Karar

İş mahkemesinde uygulanan usul, **sözlü yargılama usulü**dür (İş Mahk. K. m.7; HUMK m.473 vd)³⁴. Dava, iş müfettişinin, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunun tespitine karşı açıldığına göre, davacı işveren (birlikte dava açılmışsa, işverenler), dava dilekçesinde iş müfettişinin tespit ettiğinin aksine, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığını tespitini isteyecektir. Davalı Bakanlık ise, ortada bir muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu iddiasını sürdürecektir.

²³³ YILMAZ; s. 16.

İtiraz davasında mahkeme mutlaka duruşma da açarak (HUMK m.73) yapacağı yargılama sonucunda, itiraz davasının kabulü veya reddi yolunda bir karar verecektir. İtiraz davasının açılmasının nedeni, iş müfettişinin vermiş bulunduğu alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu raporudur. Bu sebeple, itiraz davasını gören mahkemenin, açılan davanın kamusal yönünü de dikkate alarak maddî gerçeğe uygun bir karar verebilmesi amacıyla, raporu hazırlayan iş müfettişini mutlaka duruşmaya davet ederek dinlemesinin ve davanın taraflarının iş müfettişine soracakları soruları cevaplandırmasının temini yoluna gidilmesinin yerinde olacağı olacaktır.

Davanın kabulü halinde, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığı yargı kararı ile anlaşılacak ve Kanundan (İş K. m.3/2) dolayı, alt işverenin işyeri tescili iptal edilecek ve alt işverenin işçileri, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır. İtiraz davası üzerine mahkemenin verdiği karar kesindir (İş K. m.3/2) ve bu karara karşı kanun yoluna (temyiz) gidilebilmesi imkânı yoktur. Kanunun bu hükmünün yanlış olduğu düşünülmektedir. Doktrindeki görüşler de bu yöndedir. Çünkü itiraz davasının konusu, niteliği itibariyle işçi - işveren ve hatta ülke ekonomisi bakımından çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. İtiraz davasının üst mahkemeye gitmesine izin verilmemesi, ilk derece mahkemesinin yanlış karar vermesi halinde, Yargıtay'ın müdahalesini ve daha da önemlisi bu konuda ülke çapında hukuk birliğini temin için içtihat oluşmasını engeller niteliktedir. Bu hükmün de, Anayasanın hak arama özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olduğu ve Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

III. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİLERİNE YÖNELİK YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığı ve geçerli bulunup bulunmadığına ilişkin yargı kararlarında ortaya çıkan ve özellikle 1475 sayılı Kanun dönemine ilişkin içtihatların birbiri ile çeliştiği görülmektedir. 1475 sayılı Kanunun yürürlüğü sırasında Yargıtay'ın bir kısım kararlarında²³⁴ muvazaa iddiaları, kamu

²³⁴ Yarg. 9. HD, 10.04.2001 T., 2001/3669 E., 2001/6016 K.; 04.05.1999 T, 1999/4226 E., 1999/8423 K.; 15. HD, 21.06.2001 T.; 2001/1738 E., 2001/3382 K.; HGK. 14.11.2001 T, 2001/9-711 E., 2001/820 K.

işvereni olan asıl işverenin, kadrolarının dondurulmuş olması nedeniyle, taşeron çalıştırmasına izin veren Kanun hükmünde Kararnameye uygun davrandığı, yapılan ihalenin 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununa uygun bulunduğu, ihaleye katılan işletmelerin sermayelerinin yasalarda öngörülen miktarlarda oldukları, bu iş için yetkili mercilerden alınan yeterlilik belgeleri bulunduğu ve ayrıca üstlendikleri işe göre büyük oranlarda teminat verdikleri anlaşıldığından, bu hususların başlı başına muvazaaya kanıt olarak görülmediği, alt işverenler değiştiği halde, bir kısım işçilerin yeni alt işveren yanında, yeni yapılan sözleşmelerle çalışmalarını yasaklayan yasal düzenleme mevcut olmadığından, böyle bir çalışma şekline hareketle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunun kabul edilemeyeceği, alt işverenin asıl işverene ait işyerinde iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenmesini engelleyen yasal bir düzenleme de bulunmadığına göre, alt işverene ihale ile verilen işin özelliğinden hareketle muvazaa değerlendirmesi yapılmasının hukuken doğru olmayacağı, işin asıl işverenin işyerinde yapılmış olması da muvazaa iddiasının kabulünün delili sayılamayacağı, zira bu gibi durumlarda fiziki olarak tek olan yerler, hukuki bakımdan hem asıl işverenin hem de alt işverenin işyeri sayıldığı, gerekçeleri ile reddedilmekte idi.

Ancak, Yargıtay zamanla yukarıda zikredilen görüşünü değiştirmiş²³⁵ ve davacı işçinin, asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde kadrolu işçilerle birlikte yan yana çalıştığı, davalı asıl işverenin, taşeron firmalara açtığı ihale işlemi ile belirlediği, taşeron firmalar her yıl değiştiği halde işçilerin ara vermeksizin çalışmayı sürdürdükleri, ihaleyi kazanan hiçbir firmanın kendi işçileri ile gelmediği gibi ihale süresinin bitiminde de işçilerin taşeron tarafından götürülmediği, taşeron firmaların iştiغال alanları ile asıl işverenin faaliyet alanları arasında bir ilişkinin bulunmadığı, işçilerin kontrolünün asıl işveren tarafından yapıldığı, taşeron işçileri ile asıl işveren işçilerinin aynı ortamda birlikte çalıştıkları, bu işçilerin asıl işverence eğitime tabi tutulduğu, asıl işveren işgücü açığını, hizmet alım sözleşmeleri ile gidermeye çalıştığı, ortada işin bir bölümünün devri veya belirli bir işin gördürülmesi şeklinde gerçek bir ihaleden söz edilmesi olanağının

²³⁵ Yarg 9.HD., 06.11.2001 T., 2001/14228 E., 2001/17344 K.

bulunmadığı gerekçeleri ile alt işverenlik sözleşmesinin geçersiz bulunduğuna karar vermiştir.

Doktrinde nu konudaki bir görüşe göre²³⁶, muvazaalı işlemin tanımı, türleri ve unsurları açısından, alt işveren ile asıl işveren arasındaki taşeronluk sözleşmesi hükümleri incelendiğinde, taraflar arasında görünürde (muvazaalı) bir sözleşme ile bunun arkasında gizlenmiş bir sözleşme mevcut olmadığından, davalı işveren ile alt işverenin muvazaa konusunda anlaşmış olduklarını gösteren hiçbir somut delil bulunmadığından, muvazaa iddiasının kabulü tamamen varsayıma dayandığından ve afaki nitelikte olduğundan, taşeronluk sözleşmesi yasal mevzuata uygun olarak gerekli izinler alınarak yapılmış bir ihale sonucu kurulmuş bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmenin muvazaalı olduğunu kabul etmenin hukuken mümkün olamayacağı, diğer taraftan, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçileri ile aynı işyerinde çalışmaları, alt işveren değiştiği halde, işçilerin yeni alt işverenle çalışmaya devam etmiş olmaları, alt işveren işçilerinin geçici veya devamlı işlerde çalışmış olmaları, bu durumları yasaklayan veya geçersiz sayan bir yasal hüküm ve dayanak bulunmadığından taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı işlem olduğunun kabulü için gerekçe sayılamayacağı noktalarından hareketle, söz konusu kararlardaki Yüksek Mahkeme görüşlerine katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir.

Asıl işverenlerin zaman zaman alt işverenlik müessesesini, mevzuatın omuzlarına yüklemiş olduğu sorumluluklardan kurtulmak ve kanunu dolanmak için kullandıkları görülmektedir. Ancak, bu sorunun çözümü uygulamada bir dönem yapıldığı üzere, muvazaa iddiasının olduğu her yerde sözleşmenin geçersizliğine hükmetmek olmamalıdır. İş sözleşmesinin ekonomik bakımdan zayıf tarafı olan işçinin korunması adına, somut durum yeterince kavranmadan, tanık ifadelerinden başka muvazaa iddiasını kanıtlayan somut hiçbir delile dayanmadan alt işverenlik sözleşmesinin geçersiz

²³⁶ E. Tuncay KAPLAN; **Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu**, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, s. 230.

sayılması neticesinde bugün bilhassa kamu kesimindeki işçi sayıları ciddi olarak artmıştır.

Pek çok yargı kararında²³⁷, muvazaalı sözleşme kabulünün arkasında, alt işverenler değiştiği halde, aynı işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmalarını sürdürmeleri yatmaktadır. Ancak bunu yasaklayan bir kanun hükmü olmadığı gibi, böyle bir çalışma şekline hareketle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edilemez. Zira bir önceki alt işveren, işçilerinin iş sözleşmelerini sona erdirip işçilerin alacaklarını tasfiye ettikten sonra işyerini yeni alt işverene işçisiz olarak teslim etmişse sorun doğmayacaktır. Yeni alt işverenin, iş sözleşmeleri ve işçi alacakları bir önceki alt işverence tasfiye edilen işçileri yeni bir iş sözleşmesi ile işe alınmasını da muvazaa olarak değerlendirmek mümkün değildir. Eğer bir önceki alt işveren işçilerinin iş sözleşmelerini sona erdirmeden işyerinden ayrılmış ve yeni alt işveren bu işçileri çalıştırmayı sürdürmüşse alt işverenler arasında işyeri devri söz konusu olduğundan, yeni alt işveren 1475 sayılı Kanunun 14/2 ve 53 maddeleri gereğince sorumlu olduğu gibi, işyerinin devri aktif ve pasifleri ile birlikte ise Borçlar Kanununun 179. maddesi gereği de sorumluluğu söz konusudur. Kanunlarla düzenlenen ve işverenler arasındaki işyeri devri müessesesini yok sayarak alt işverenle asıl işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu sonucuna varılması doğru değildir.

İşverenlerin ucuz işçi çalıştırmak için alt işverenlik ilişkisini araç olarak kullandıkları bir gerçek olmakla birlikte, bu kanıyı destekleyecek kanıtların mevcut olması gerekir. Tüm dünyada değişen iş şartları, gelişen teknoloji, her geçen gün yeni iş sahalarının açılmasına neden olmakta, bu nedendir ki kalifikasyon hızla önem kazanmaktadır. Ülkemiz gibi meslek öncesi ve meslek içi eğitimin yetersiz olduğu ülkelerde ise kalifiye eleman açığı bulunmaktadır. Bu nedenle taşeron firmalar kendilerinden önceki taşeronun işçisiyle iş sözleşmesi yaparak bu kalifikasyonu en az zaman emek ve para harcayarak sağlamaktadır. Ancak bu durumda taşeronlar değiştiği

²³⁷ Yarg. 9. HD. 06.11.2001 T ve 2001/14228 E., 2001/17344 K.; 25.04.1995 T., 1995/3521 E., 1995/14038 K.; 10.04.2001 T., 2001/3669 E., 2001/6016 K.

halde işçiler aynı kaldığından muvazaa iddialarıyla karşılaşmakta ve mahkemelerce alt işverenler değiştiği halde işçilerin aynı kalması muvazaanın varlığı için yeterli görülürken, işverenin işi taşeronlara verirken buna hangi hakka dayanarak engel olacağı hususu düşünülmemektedir.

Asıl işverenin kendi hakimiyet alanı dışında gerçekleşen bu duruma sözleşmeye konulacak bir şartla engel olması, sözleşme serbestisi gereği kanuna, ahlaka, adaba aykırı olduğundan mümkün görülmemektedir. Dolayısı ile işçiler alt işverenlik ilişkisinin sona ermesini müteakip, aynı işveren yeniden iş almadığı takdirde, yeni gelen alt işveren ile sözleşme imzalamakta, bu şekilde işçi boşta süre geçirmeden tekrar işe başlamakta, işveren ise yıllarca bu işte çalışmış, işe alışmış ve işi bilen insanlarla çalışma fırsatını, üstelik en az maliyetle elde etmektedir. Hal böyle iken yalnızca işçi ve alt işverenin hakimiyet alanında gerçekleşen bu durumda, olaya herhangi bir şekilde dahil olmayan, esasen kanuni sınırlar düşünüldüğünde olması da mümkün olmayan asıl işverenler muvazaa iddialarıyla karşılaşmakta, İş Hukuku uygulamaları her zaman işçinin mağdur edildiği bir alan olmaktan çıkmaktadır.

İşin asıl işverenin işyerinde yapılmış olması da muvazaa iddiasının kabulünün delili olamaz. Zira doktrinde de benimsendiği gibi alt işverenler, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde ve eklentilerinde iş alan ve işçilerini o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran, üstlendikleri işi ister asıl işverenin işyerinde, ister başka yerlerde yapıyor olsunlar bu işlerde kendi adlarına işçi çalıştıran ve bu nedenle işveren sıfatına sahip olan kimselerdir. Aldıkları işleri asıl işverene ait işyerinde yapıyor olmaları halinde, bu yerler alt işverenler yönünden de işyeri anlamını taşımaktadır. Bu gibi durumlarda fiziki olarak tek olan yerler hukuki bakımdan hem asıl işverenin hem de alt işverenin işyeridir.

Yarg. 9. HD., 29.9.2005 tarih, 2005/26620 esas, 2005/31640 nolu kararına göre, “Sigorta kayıtlarından davacıyı işe alan, çalıştıran ve ücretini ödeyen dava dışı davalı BOTAŞ ile taşeronluk sözleşmesi yapan şahıstır. Alt işverenlik sözleşmesinde verilen iş yardımcı iştir. İhale şartnamesi usulüne uygun olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen tanık ifadeleri ile yetinilerek alt işverenle davalı BOTAŞ arasındaki sözleşmenin muvazaalı

kabul edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır. Dairemizce daha önce incelemesi yapılan bazı dosyalarda alt işverenlik sözleşmeleri muvazaalı kabul edilmişse de; bunlar farklı yerlerde ve farklı alt işverenlerce alınan işlerle ilgilidir. Her alt işverenlik ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Taşeronlar değişmesine rağmen davacının çalışmaya devam etmesi muvazaanın kabulü için tek başına yeterli bir husus değildir. Yetersiz delillerle muvazaanın varlığı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır”. Görüldüğü üzere Yargıtay da son dönemde almış olduğu kararlarda, eski tek yanlı bakış açısını biraz kırmış ve doktrinde getirilen eleştirileri de dikkate alarak, muvazaa iddialarının kabulünden evvel daha dikkatle sorgulanması hususunu vurgulayan kararlar vermeye başlamıştır.

SONUÇ

İş Hukukunun temel işlevlerinden birisinin, istihdamın geliştirilmesi ve işsizliğin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasını sağlamak olduğu göz önüne alındığında, yeterince esnek olmayan katı İş Hukuku kuralları, istihdamı artırmak yerine, geriletmektedir.. AB üyesi ülkelerin mevzuatı incelendiğinde İş Hukukunda ve Endüstri İlişkilerinde, korumacı bir yaklaşım yerine, rekabet gücünün artırılmasını ve istihdamın geliştirilmesini teşvik etmek gibi işlevlerin ağırlık kazandığı gözlenmektedir.

Hızla artan küreselleşme, sürekli yükselen teknolojik gelişmeler ve ulusal ve uluslararası piyasalarda etkisini her geçen gün biraz daha gösteren rekabet şartları, işletmeleri değişen bu koşullara hızla uyum sağlamaya zorlamaktadır. İşletmelerin bu süreçte üretim/hizmet ve istihdam yapıları, üretimin/hizmetin biçimi, süresi ve yeri de bu uyum nedeniyle değişikliğe uğramıştır. Bu durum işletmeleri ve çalışanları geçmişe göre farklı hukuki ilişkiler kurmaya ve yeni istihdam türlerini uygulamaya yöneltmiş; çalışma mevzuatını da bu yönde değiştirmiştir. Dünyada ve ülkemizde, klasik çalışma ve iş ilişkilerinden uzaklaşarak esnek çalışma modelleri uygulanmaya başlamıştır. Bu esnek çalışma modelleri, işgücü arzı ile talebini dengelemenin ve işsizlikle mücadelenin en önemli araçlarından biridir. Özellikle, ekonomik kriz ve durgunluk dönemlerinde yoğunlaşan işsizlik tehdidine karşı konulmasında, çalışma hayatında güvenceli esneklik uygulamaları önemli bir yere sahiptir.

Ülkemizde, işçi – işveren ilişkileri ile çalışma hayatının düzenlenmesine ilişkin olarak, ilk defa 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu çıkarılmıştır. 1961 Anayasası'ndan sonra çıkarılan, 3008 sayılı İş Kanunu da bu amaçla çıkarılmıştır. İkinci İş Kanunu olarak bilinen bu yasa Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edildikten sonra ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak üzere 1971 yılında bazı ufak değişikliklerle 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe konmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılıncaya kadar çalışma hayatı ilişkileri 1475 sayılı kanun ile

yürütülmüştür. Hızla gelişen teknoloji ve küreselleşme ile İş Kanunu esnekleştirilmiş; yeni çalışma türleri ve iş ilişkileri hızla yaygınlaşmıştır. İşin düzenlenmesinde, kısmi süreli, çağrı üzerine çalışma, ödünç iş ilişkileri, belirli hizmet süreleri, alt işveren uygulamaları gibi yeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır.

Alt işverenlik uygulamaları da anılan bu esnek çalışma biçimlerinden biridir. Geçtiğimiz yıl Hükümet tarafından hazırlanan ve kamuoyuna “İstidam Paketi” olarak tanıtılan ve TBMM Genel Kurulu’nda 15 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” a dayanılarak hazırlanan “Alt işverenlik Yönetmeliği” nin alt işverenlik uygulamalarını ortadan kaldıracı nitelik taşıdığı, ilgili kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içerdiği düşünülmektedir. Yönetmeliğin 11. maddesinde; “asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerden iş alan...” hükmünde geçen *işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş* nitelemesinde “ile” nin “birlikte” anlamını taşıdığı ve bu doğrultuda işin, ilgili olarak şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceği ifade edilmektedir. Yargıtay’ ın da görüşü bu doğrultudadır. Ancak, madde hükmünde yer almayan, sadece bu anlamı veren “birlikte” ifadesi, alt işverenlik uygulamasının kapsamını daraltmaktadır.

Yine, konunun ilgili olduğu 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. ve 3. maddelerinde muvazaa tanımı yapılmamışken ve Borçlar Kanunu’nda genel bir tanım bulunuyorken, Yönetmeliğin 3. maddesiyle muvazaa’nın tanımının yapılmasının ilgili kanunlara ve hukuka aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının tespitine ilişkin olarak Yönetmelikte ile düzenlenen ve iş müfettişine verilmiş bulunan yetkinin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Mahkemeye ait bir iş olan ve uygulamada mahkemelerin genellikle uzman bilirkişi görüşünü de alma ihtiyacı duydukları alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı olgusunun tespiti konusunda, iş müfettişine yetki verilmiş

olması yerinde değildir ve bu düzenleme iş barışını zedeleyebilecek sonuçlara da yol açabilir.

Alt işverenlik sözleşmesi ile ilgili olarak, “Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.” şeklinde getirilen düzenleme ile alt işveren sözleşmelerinin Yönetmelikte bulunan şartları tam olarak taşıması halinde geçerli olacağı belirtilmektedir. Oysa sözleşmelerde yönetmelik hükümlerinden hangilerinin yer alacağına tarafların karar vermesi gerekir. Sözleşmede bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle belirlenmesi sözleşme hürriyetine aykırı düşmektedir. Yine Yönetmelikte, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar “maddeler halinde ve tek tek” belirlenmiştir. Bu, her şeyden önce sözleşme serbestisi ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırıdır. Ayrıca, Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde düzenlenen alt işveren sözleşmesinde bulunması gereken hususlardan “Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama” koşulu uygulamada sorunlar yaratacak niteliktedir.

Yönetmeliğin geçici birinci maddesinde “Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisinde 10 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen belgeler aranmaz” şeklinde getirilen düzenleme söz konusu sözleşmelerde “10 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen belgeler” dışında kalan hususların aranacağı anlamına gelmektedir. Yönetmeliğin geriye yönelik yapılamayacağı hususuna açıklık getirilmesi zorunlu görülmektedir.

Söz konusu bu düzenlemeler, alt işverenlik müessesesini uygulanamaz kılarak, işletmelerimizin rekabet gücünü büyük ölçüde zayıflatacak niteliktedir. Alt işveren müessesesi, küresel rekabet koşullarında üretimde verimlilik ve kalitenin artırılmasında, uzmanlık gerektiren süreçlerin gerçekleştirilmesinde, işletmelerin esneklik ihtiyacının karşılanmasında ve yeni istihdam imkânlarının yaratılmasında önemli bir işleve sahiptir.

Günümüzde tüm ülke ekonomilerinde “dış kaynak kullanımı (outsourcing) gelişim göstermekte olup, ekonomik işleyişin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Ülkemizde ise alt işveren uygulamasının hukuki ve idari müdahalelerle uygulamada neredeyse imkansız kılınmaya çalışılması, büyümeye, rekabet gücüne ve istihdam artışına sekte vuracaktır. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde bu müessesenin reel sektöre destek sağlayacak ve istihdamı artıracak şekilde uygulanabilmesi yönünde düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

AKINCI Şahin; **Borçlar Hukuku Bilgisi – Genel Hükümler**, 3. Baskı, Nobel Yayınevi, Konya, 2006.

AKTAY Nizamettin, ARICI Kadir, KAPLAN Senyen; **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

AKYİĞİT Ercan; **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

AKYİĞİT Ercan; **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Kamu-İş Yayınları Cilt:1, Ankara, 1995. (Ödünç İş İlişkisi)

AKYİĞİT Ercan; **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

ALPAGUT Sevil; **"Yeni İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004.

Alt İşveren Yönetmeliği; RG. T. 27.09.2008 No:27010.
(Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 05.03.2009, 11:20)

AYDEMİR Murteza; **Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları**, MESS, Yayın No: 185, 1993.

AYDINLI İbrahim; **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

BAŞBUĞ Aydın; “**Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar**”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:4, S:3, 1998.

CANBOLAT Talat; **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

CENTEL Tankut; “**Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım**”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık – 2008, S: 12. (MESS)

CENTEL Tankut; “**Alt İşverenlik Yönetmeliği**”, TİSK İşveren Dergisi, S: Kasım-2008. (Erişim: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2212&id=105, 25.06.2009, 17:05) (TİSK)

CENTEL Tankut; **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, 1992. (İş Hukuku)

CENTEL Tankut; **Kısmi Süreli Çalışmalar**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992.

CENTEL Tankut; “**Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi: Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06.05.2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004. (Konferans)

ÇANKAYA Osman Güven, “**Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı**”, **Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar**”, Aydın Özkula'ya Armağan, Kamu-İş Yayını, 2002. (Armağan)

ÇANKAYA Osman Güven, ÇİL Şahin; **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, İşyeri Devri, Hizmet Akti Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

ÇANKAYA Osman Güven, ÇİL Şahin; **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (Üçlü İlişkiler, 2009)

ÇANKAYA Osman Güven, GÜNAY Cevdet İlhan , GÖKTAŞ Seracettin; **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Ankara, 2005.

ÇELİK Nuri; **İş Hukuku Dersleri**, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

ÇELİK Nuri; **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları**, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993. (Armağan)

ÇELİK, Nuri: “**Aracı İşveren İşçisinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması**”, İş ve Hukuk Dergisi, No:4, 1988-1989. (İş ve Hukuk Dergisi)

ÇENBERCİ Mustafa; **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1985.

ÇİL Şahin; **İş Kanunu Şerhi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

DEMİR Fevzi; **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 3. Baskı, Anadolu Matbaası, İzmir, Eylül 2003.

DEMİR Fevzi; “**Yeni İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri**”, Mercek Dergisi, Temmuz, 2003.

DEMİRCİOĞLU Murat, CENTEL Tankut; **İş Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

EKİN Nusret; “**Çağdaş KOBİ’ lere Dönüşen Alt İşverenlik**”, Tekstil İşveren Dergisi, S:278, Şubat-2003. (Erişim: <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/38.html>, 20.05.2009, 21:20)

EKİN Nusret; **Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2002-34, İstanbul, 2002. (Ekonomik)

EKMEKÇİ Ömer; **“4857 sayılı İş Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”**, MESS Mercek Dergisi, Sayı:31, 2003.

EKMEKÇİ Ömer; **“Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”**, MESS Mercek Dergisi, S: 31, Temmuz, 2003. (MESS - Temmuz)

EKONOMİ Münir; **“Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”**, Tekstil İşveren Dergisi, S: 161, Eylül 1991. (Alt İşveren)

EKONOMİ Münir; **“Hizmet Akdinin Feshi Ve İş Güvencesi Toplantısı”**, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C:17, S:2, 2003. (Toplantı)

EKONOMİ Münir; **İş Hukuku**, Cilt:I- Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1984.

EKONOMİ Münir; **“İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”**, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2000. (İşyerinin Devri)

ELBİR Halit Kemal; **İş Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

ERDOĞAN M. Z. ; **Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı**, Kamu-İş Yayınları, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C:7, S:3, 2004.

EREN Fikret; **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, İstanbul,2002.

ESENER Turhan; **İş Hukuku**, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

European Commission; **“Practical Guide to the Legal Rules on Industrial Subcontracting in the European Community”**, October – 1996.
(Erişim: <http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/supply/pdf/sttlegalintroen.pdf>, 10.10.2009, 14:00)

EYRENCİ Öner , TAŞKENT Savaş , ULUCAN Devrim; **Bireysel İş Hukuku**, İkinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart – 2005.

GÜNAY Cevdet İlhan; **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri** , Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

GÜNAY Cevdet İlhan; **Şerhli İş Kanunu**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos – 2004.
(Şerh)

GÜNAY Cevdet İlhan; **“Yargıtay Kararları Açısından Alt işveren Sorunlarının Değerlendirilmesi: Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06.05.2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara, 2004. (Konferans)

GÜZEL Ali; **“İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”**, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl: 2004, Sayı:1.
(Erişim: http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/ali_guzel_alt_isveren.pdf, 20.05.2009 11:34)

GÜZEL Ali; **İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, İstanbul, 1997. (Sosyal Güvenlik)

İSTANBUL TİCARET ODASI, **Yeni İş Yasası Semineri**, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:2004-31, İstanbul, 2004.

KAPLAN E. Tuncay; **Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Muvazaalı İşlem Sorunu**, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005.

KARAMAN Cengiz; **“Türkiye’ de Dış Kaynak Kullanımı”**. (Erişim: <http://www.insan-kaynaklari.kariyerzirvesi.com/goster.asp?kim=1&GORUS=1>, 14.07.2009, 21:10)

KILIÇOĞLU Mustafa; **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, Ankara, 2005.

KUTAL Gülten; **“Türkiye’ de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları”**, s. 5. (Erişim: <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/06.pdf>, 20.08.2009, 15:15)

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi; **İş Hukuku** , 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.

NARMANLIOĞLU Ünal; **İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri**, 3. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Yayın No: 91, İzmir, 1998.

ODAMAN Serkan; **“Alt – Asıl İşveren”**, EBSO Semineri, 30.09.2009. (Seminer)

ODAMAN Serkan; **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyi Niyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, 2003.

OĞUZMAN Kemal; **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, Cilt: 1- Temel Bilgiler, İstanbul Üniversitesi Yayınları - Yayın No: 3455 , Ankara, 1986.

OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ Turgut; **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

ÖZKAYA Eraslan; **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ÖZMEN Remzi; **İş Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ÖZVERİ Murat; “**Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası**”, Legal İş ve Hukuk Dergisi, 2002.

REİSOĞLU Safa; “**Aynı İşyerinde Birden Çok İşverenin İşçilerinin Birlikte Çalışmasından Doğan Hukuki Sorunlar**”, TÜHİS, Kasım 1990. (TÜHİS)

REİSOĞLU Safa; **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

RG; T. 1.9.1971, No:13943. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ;16.05.2009, 11:00).

RG; T. 11.5.1971, No:13833. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr; 16.05.2009, 11:10).

RG; T. 12.8.1967, No:12672. (Erişim:www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 11:00).

RG; T. 31.1.1950, No:7420. (Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 10:25).

SEVİMLİ K. Ahmet; **İş Hukukunda Kaptan**, Türkiye Denizciler Sendikası Yayını, İstanbul, 2001.

SÜMER Haluk Hadi; **İş Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2004.

SÜZEK Sarper; “**Yeni İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara,2004. (Konferans)

SÜZEK Sarper; **İş Hukuku - Genel Esaslar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

ŞAHLANAN Fevzi; "**Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Arasında 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İntes, Yayın No:10, Ankara,2004. (Konferans)

ŞAHLANAN Fevzi; **Sendikalar Hukuku**, İstanbul, 1995. (Sendika)

ŞAHLANAN Fevzi; "**Türk İş Hukukunda Alt İşveren**", İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1992. (Alt İşveren)

ŞAHLANAN Fevzi; **Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri**, Selüloz – İş Sendikası Eğitim Yayınları, No: 14, İstanbul, 2003.

ŞAHLANAN Fevzi; **Yeni İş Yasası**, TTSCVCSİS Yayını, 25-29 Haziran, Çeşme 2003. (Yeni İş Yasası)

ŞAKAR Müjdat; **İş Hukuku Uygulaması - El Kitabı**, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2003.

ŞEN Sabahattin; "**Taşeronluk (Alt İşverenlik) Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi**", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:14, S:4-5, Kasım-1997 – Şubat-1998. (TÜHİS)

ŞEN Sabahattin; **Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri**, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 2000.

ŞEN Sabahattin; "**Taşeronluk: Tanımlar ve Gerçekler, Sendikal Notlar**", Petrol – İş Sendikası Dergisi, S:9, Haziran, 2001. (Petrol - İş)

TAŞKENT Savaş; "**Alt İşveren**", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, C:1, S:2, İstanbul 2004. (Alt İşveren)

TAŞKENT Savaş; **Açıklamalı – İctihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler**, Legal Yayınları, İstanbul, 2005.

TAYMAZ Erol KILIÇASLAN Yılmaz; **“Subcontracting: A Model for Industrial Development?”**, Economic Research Forum (ERF) 7th Annual Conferance, Amman, October 26-29 2000.

(Erişim: http://www.erf.org.eg/cms.php?id=conferences_details&conference_id=10 , 20.05.2009, 23:40)

TBMM Tutanak Dergisi; Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, 45. Birleşim, Cilt: 73, s. 5. (Erişim: www.tbmm.gov.tr ; 23.05.2009 23:30)

TEKİNAY Selahattin Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk, ALTOP Atilla; **Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul,1997.

TUNCAY A. Can; **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi**, Türkiye Kimya, Petrol,Lastik ve Plastik Sanayii İşverenleri Sendikası Yayınları, Y:6, S:24, Ocak 1990.

TUNÇOMAĞ Kenan, CENTEL Tankut; **İş Hukukunun Esasları**, 3. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Kasım 2003.

UÇUM Mehmet, ÇAKMAKCI Ramazan; **Gerekçeli – Atıflı – Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri İle Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat**, Legal Yayınları, İstanbul, Temmuz – 2003.

UÇUM Mehmet; **Yeni İş Kanunu Seminer Notları** , Legal Yayıncılık, İstanbul, Eylül – 2003.

ULUCAN Devrim; **Taşeron Uygulaması ve Sorunları - 2000'li Yıllarda Endüstri İlişkilerine Bakış**, MESS Yayını, İstanbul,1994.

USTA Osman; **“Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları”**, ÇEİS - Çimento – İşveren Dergisi, C:12, S:1, Ocak-1998.

UYGUR Turgut; **Açıklamalı ve İctihathı Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C:1 (Giriş ve Md. 1-40), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

ÜNSAL Engin; **“4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:2, S:6, İstanbul 2005.

ÜRCAN Gülümden; **“Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti Ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler”**, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S: 19.

YAVUZ Nihat; **Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001.

YILMAZ Ejder; **“Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Göre Karşı İtiraz Davası”**, Çimento İşveren Dergisi , Ocak – 2009, S: 1, C: 23.

YÜCESOY Ekrem Şevket; **4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle 1475 Sayılı Eski İş Kanunu'nun Karşılaştırılması Yorumu Ve Gerekçesi**, Orman-İş Yayınları, No:15, Ankara, 2003.

3008 sayılı İş Kanunu; RG. T. 15.6.1936, No:3330.

(Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 16.05.2009, 10;15)

4857 Sayılı İş Kanunu;

(Erişim: <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4857.html>, 25.06.2009, 14:30)

5763 sayılı Yasa; RG. T. 26.5.2008, No:26887.

(Erişim: www.rega.basbakanlik.gov.tr ; 05.03.2009, 11:00)